

LES RÉSERVES

DANS LES

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE DE DOCTORAT

présentée et soutenue le 5 janvier 1961 à 14 heures 30

PAR

Jean LACOMBE

Président : R. ROBLOT, Doyen de la Faculté.
Suffragants { G. FRIEDEL, Professeur,
J. NOIREL, Chargé de Cours.

ÉDITIONS CUJAS

19, rue Cujas — PARIS

1962

**LES RÉSERVES
DANS LES SOCIÉTÉS
PAR ACTIONS**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES RÉSERVES

DANS LES

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE DE DOCTORAT

présentée et soutenue le 5 janvier 1961 à 14 heures 30

PAR

Jean LACOMBE

Président : R. ROBLOT, Doyen de la Faculté.
Suffragants { G. FRIEDEL, Professeur,
J. NOIREL, Chargé de Cours.



ÉDITIONS CUJAS
19, rue Cujas — PARIS
1962

FACULTÉ DE DROIT
ET DES
SCIENCES ÉCONOMIQUES DE NANCY

Doyen	M. ROBLOT
Assesseur du Doyen	M. SEGUILLON
Doyens honoraires	MM. SENN, VOIRIN
Professeurs honoraires	MM. TROTABAS, LESCOT, WALINE, TEITGEZ, J. MARCHAL, SENN, KROELL, GOETN IMBERT
MM. VOIRIN	Professeur de Droit civil
DE MENTHON	Professeur d'Economie politique
CHAUMONT	Professeur de Droit public
ROBLOT	Professeur de Droit commercial
GAUDEMET	Professeur de Droit public
LUCHAIRE	Professeur de Droit public
SEGUILLON	Professeur d'Economie politique
RAY	Professeur d'Economie politique
VITU	Professeur de Droit pénal
Mme BOULET-SAUTEL	Professeur de Droit romain et d'Histoire du Droit
MM. COULOMBEL	Professeur de Droit civil
SAUTEL	Professeur de Droit romain et d'Histoire du Droit
FRIEDEL	Professeur titulaire à titre personnel
GRANGER	Professeur de Droit social
TALLON	Professeur de Droit civil
DE CARBON	Professeur sans chaire
DURAND	Professeur sans chaire
MM. GENDARME	Agrégé d'Economie politique
JAQUET	Agrégé de Droit public
COUDERT	Agrégé d'Histoire du Droit
MM. HOUSSIAUX	Chargé de cours d'Economie politique
NOIREL	Chargé de cours de Droit civil
BORELLA	Chargé de cours de Droit public
PEISER	Chargé de cours de Droit public
GILLES	Chargé de cours d'Histoire du Droit
Mlle GOBERT	Chargée de cours de Droit privé
M. GUYENOT	Chargé de cours de Droit privé

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

PRÉFACE

Bien que le droit des sociétés anonymes ait donné lieu à d'innombrables commentaires et décisions judiciaires, il soulève encore maints problèmes que la pratique résoud avec difficulté, cherchant en vain l'appui d'une doctrine ferme et cohérente. Les problèmes posés par les réserves figurent en bonne place dans cette catégorie.

C'est d'abord la notion même de réserve qui est environnée d'incertitude. A côté des réserves au sens étroit, constituées par des bénéfices accumulés et non distribués, d'autres réserves sont apparues : de primes d'émission et de fusion, de réévaluation, etc., et l'accord est loin d'être unanime sur le contenu de la liste. Une analyse complète doit tenir compte de données comptables en même temps que juridiques, et résoudre en outre une contradiction apparente : les réserves correspondent à un accroissement de l'actif net, qui renforce la structure financière de la société, mais elles figurent au passif de son bilan.

La constitution et la distribution des réserves impliquent d'autre part une conciliation souvent délicate entre les intérêts et les droits des actionnaires et ceux de la société. La distribution des bénéfices réalisés par la société correspond-elle à un droit propre de chaque actionnaire, ou peut-elle être écartée par la majorité décidant d'accumuler des réserves ? A la réclamation immédiate de l'actionnaire le conseil d'administration oppose un langage de prudence et de prévoyance, où il faut démêler ce qui est souci légitime de l'avenir et prétention abusive. Sur la discussion de principe se greffent de nombreuses questions secondaires, dont on ne peut qu'énoncer quelques exemples. Conçoit-on qu'une réserve — autre que la réserve légale — puisse être constituée sans le consentement des actionnaires ? Dans quelle mesure les réserves sont-elles frappées d'indisponibilité au profit de l'entreprise, ou peuvent-elles être réparties ? Et comment s'analyse, dans cette perspective, l'incorporation des réserves dans le capital ?

La présence d'ayants droit autres que les actionnaires complique encore la situation. La constitution des réserves a soulevé un conflit célèbre entre les actionnaires et les porteurs de parts bénéficiaires. Lorsque ces derniers ont droit à une quote-part des réserves, l'aménagement de ce droit se révèle si délicat qu'il peut compromettre certaines opérations projetées par les actionnaires. Il est à peine besoin d'ajouter que le fisc s'intéresse également du sort des réserves, favorisant les opérations qu'il juge utiles et pénalisant les autres,

dans des conditions qui évoluent suivant les exigences changeantes de la politique financière et de l'économie dirigée.

* * *

Au lendemain de la première guerre mondiale, M. Amiaud avait présenté sur les comptes de réserves dans les sociétés par actions, des développements qui sont restés longtemps classiques. Mais plusieurs circonstances, notamment les dévaluations monétaires et les exigences modernes de l'autofinancement, ont profondément renouvelé la matière; et M. Lacombe a estimé à juste titre qu'une nouvelle synthèse pouvait être tentée avec profit. Une très bonne formation pratique, jointe à une excellente culture juridique le prédisposait à effectuer cette tâche avec le plus grand succès.

L'ouvrage de M. Lacombe est une thèse au sens complet du terme. L'auteur s'est attaché avant tout à présenter une définition et une classification des réserves qui commandent les développements ultérieurs. Son point de départ consiste à faire application à la vie des sociétés de la théorie du dédoublement fonctionnel élaboré par les spécialistes du droit public. Les décisions prises par les assemblées générales d'actionnaires sont de deux sortes. Les unes, tournées vers les relations extérieures, représentent la volonté de la société; les autres, relatives à la vie intérieure du groupement, s'imposent à la société. La constitution des réserves relève de cette deuxième catégorie. Les réserves sont des richesses — généralement non identifiées — qui sont placées ou maintenues à la disposition de la société et qui accroissent la valeur (réelle ou nominale) de son actif; de ce chef, les associés possèdent contre la société une créance dont l'exigibilité est plus ou moins retardée. La traduction de cette règle juridique sur le plan comptable conduit à distinguer deux catégories parmi les postes du passif du bilan: le passif externe, dont la société est tenue envers les tiers, et le passif interne dont la société est tenue envers les associés. Les réserves correspondent à la fraction du passif interne qui excède le capital social; elles sont nécessairement égales à l'actif net, que les associés auront à se partager après la dissolution de la société, une fois les créanciers payés et le capital remboursé. Ce double aspect, actif et passif de la notion de réserve, a été rarement aperçu par les auteurs, et c'est faute d'avoir reconnu l'un et l'autre que la plupart ont donné à leur étude une assise trop étroite.

La sujet défini et délimité, M. Lacombe procède à une critique serrée des distinctions classiques, et il est conduit à leur substituer une distinction nouvelle entre les réserves qui reposent sur le consentement éclairé et libre des associés, et celles pour lesquelles cette condition fait défaut. Il faut reconnaître que le critère n'est pas facile à mettre en œuvre: entre les hypothèses dont la classification ne souffre aucune difficulté, l'auteur doit faire une place à une catégorie de « réserves mixtes » dont le contenu se révèle quelque peu hétéroclite. Mais il est non moins certain que la distinction proposée éclaire de façon pénétrante la plupart des multiples problèmes posés par les réserves. L'existence ou l'absence du consentement des associés commande évidemment les modalités suivant lesquelles les réserves sont constituées. La même idée trouve son application lorsqu'on cherche dans quelle mesure les actionnaires peuvent modifier le degré d'exigibilité de la créance qui leur appartient contre

la société du chef des réserves, et par suite faire disparaître celles-ci, soit en les incorporant au capital, soit en les mettant en distribution.

*
* *

La sécheresse de ce résumé ne donne qu'une idée très imparfaite de la richesse des développements qu'il recouvre. La compétence de M. Lacombe lui permet d'étudier de manière approfondie tous les aspects du sujet, qu'ils soient d'ordre juridique, comptable ou fiscal. Ses qualités de clarté dans l'exposition et de rigueur dans le raisonnement le rendent facile à suivre jusque dans la discussion des problèmes les plus ardens. Son ouvrage constituera pour les praticiens un guide sûr et complet, en même temps qu'il fournira aux hommes de science la matière à d'utiles réflexions sur les grands courants qui animent le droit des sociétés par actions. Sans nul doute il marque également le début d'une belle carrière.

R. ROBLLOT,

*Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Nancy.*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Ann. dr. com.	<i>Annales de droit commercial.</i>
A.N.S.A.	<i>Association Nationale des Sociétés par actions.</i>
Cass. (Civ. Crim. Req.).	<i>Cassation (chambres Civiles, Criminelle, des Requêtes).</i>
C. Civ.	<i>Code Civil.</i>
D. (D.P. D.H. D.C.)	<i>Recueil Dalloz (Périodique, Hebdomadaire, Critique).</i>
G.P.	<i>Gazette du Palais.</i>
Gaz. Soc.	<i>Gazette des Sociétés.</i>
Inf. Ch. Entr.	<i>L'Informateur du Chef d'Entreprise.</i>
J. Soc.	<i>Journal des Sociétés.</i>
J.C.P.	<i>Jurisqueuseur Périodique ou Semaine Juridique.</i>
Rep. Gen. Not.	<i>Répertoire Général du Notariat.</i>
Rev. Sc. fin.	<i>Revue de Science financière.</i>
Rev. Soc.	<i>Revue des Sociétés.</i>
S.	<i>Recueil Sirey.</i>
Trib. Civ.	<i>Tribunal Civil.</i>
Trib. Com.	<i>Tribunal de Commerce.</i>
Trib. Corr.	<i>Tribunal Correctionnel.</i>

INTRODUCTION

1. L'autofinancement a été le trait dominant de la vie financière des entreprises après la première guerre mondiale et plus encore depuis la seconde.

L'aspect économique du problème a plus particulièrement retenu l'attention. La hausse presque ininterrompue des prix depuis 1914 a été la source de nombreuses difficultés pour la bonne marche des entreprises industrielles et commerciales. Le renouvellement normal des stocks et des immobilisations, indispensable pour leur fonctionnement régulier, a en effet nécessité une masse de capitaux toujours plus considérables. Ces capitaux ne pouvaient être fournis par des personnes extérieures, car la politique anti-inflationniste mise en œuvre restreignait les crédits que les établissements bancaires auraient pu accorder. De plus l'épargne publique et les entrepreneurs eux-mêmes étaient incapables de répondre à ce besoin, en sorte que l'accroissement des capitaux propres par de nouveaux apports n'était pas davantage possible. Dans ces conditions une seule voie restait ouverte, ne pas retirer de l'entreprise les augmentations d'actif nominales ou réelles.

Les réserves ont été le procédé de technique juridique qui a permis de satisfaire aux besoins de l'autofinancement. Il suffit de lire le bilan de quelques sociétés dans différentes branches d'activités pour s'apercevoir que les réserves dépassent en général de beaucoup le chiffre du Capital Social¹. Et encore faut-il pour que la comparaison ait sa pleine valeur, ne pas oublier que des réserves sont venues dans bien des cas gonfler ce capital².

1. A titre d'exemples voici quelques chiffres tirés de bilans arrêtés fin 1958 ou courant 1959. Péchiney : capital 25.987.500.000 Réserves 34.658.934.187 (soit 43 % et 57 % de l'ensemble des capitaux propres). Hauts Fourneaux de la Chiers : Capital 6.300.000.000, Réserves 9.042.166.986 (soit 41 % et 59 %) ; Peugeot et C^{ie} : Capital 1.100.000.000, Réserves 2.671.340.238 (soit 29 % et 71 %) ; Galeries Lafayette : Capital 1.630.350.000, Réserves 5.872.338.033 (soit 21 % et 79 %) ; Docks Rémois : Capital 2.100.000.000, Réserves 1.806.218.699 (soit 54 % et 46 %).

2. Les mêmes exemples donnent, compte tenu des incorporations de réserves, les pourcentages suivants : Péchiney Capital 32 %, Réserves 68 % des capitaux propres. Hauts Fourneaux de la Chiers Capital 12 %, Réserves 88 %. Peugeot et C^{ie} Capital 25 %, Réserves 75 %. Galeries Lafayette Capital 7 %, Réserves 93 %. Docks Rémois Capital 8 %, Réserves 92 %.

L'intérêt d'une étude approfondie des comptes de réserves est donc manifeste. Il se révèle encore accru si l'on songe que l'utilisation des réserves comme instrument d'autofinancement s'est faite de façon empirique, sans idée d'ensemble. Les règles de comptabilité et même de droit se sont révélées inadaptées aux circonstances économiques. Des comptes nouveaux appelés ou non réserves sont apparus et se sont multipliés. En même temps les réserves non apparentes sont devenues courantes, au point que les bilans n'avaient aucune ressemblance avec la physionomie réelle des entreprises. Il a donc fallu autoriser la révision des bilans, et même la rendre obligatoire pour certaines affaires. Parallèlement à cette révision, l'établissement des bilans a été réglementé pour l'avenir. Le Plan Comptable Général de 1957 a partiellement renouvelé le problème sur ce point. Enfin, la politique fiscale a joué un rôle non négligeable dans l'évolution de l'institution.

Bien des études ont été consacrées à ces comptes nouveaux, bien des discussions ouvertes sur leur nature. Mais tout est resté fragmentaire et décousu, à l'image de l'empirisme pratique.

A une époque où la stabilité monétaire est encore trop fragile pour être considérée comme acquise, et où l'autofinancement n'a pas cessé de jouer un rôle essentiel dans l'économie nationale, il est nécessaire de faire le point. Il faut déterminer si le concept de réserve conserve une certaine unité, dans quelles conditions ces comptes de réserve sont constitués et disparaissent, et aussi quel est le régime fiscal des réserves.

2. L'extraordinaire développement des réserves n'a rien qui doive surprendre.

L'instruction ministérielle du 11 juillet 1818 constitue l'acte de naissance officiel de cette institution, qui n'était cependant pas inconnue de notre Droit.

Il est symptomatique que pour la qualifier, le terme de réserve ait été choisi et n'ait jamais été remis en question. Réserver signifie, en effet, dans son acception la plus large, mettre quelque chose à part d'un tout. Les réserves ne sont rien d'autre que des sommes mises à part, « mises de côté » serait-on tenté de dire en reprenant une image fréquente dans le vocabulaire populaire. Et déjà apparaît cette première évidence que la notion de réserve est inséparable de celle d'épargne. Corollaire immédiat, l'idée de prévoyance est tout aussi intimement liée à celle de réserve. Le mobile essentiel de la constitution de ces réserves est de faire face aux coups du sort. Cette autre expression courante le montre bien, qui évoque la nécessité où l'on est parfois de « puiser dans ses réserves ».

La même formule implique une autre vérité, plus diffuse peut être, mais aussi certaine, celle que le recours aux réserves n'est pas ressenti comme un sacrifice moins douloureux que le recours à la substance même du patrimoine. Ce quelque chose mis à part n'acquiert pas une véritable autonomie. S'il quitte un tout, ce qui reste à déterminer, ce n'est en tout cas que pour s'adjoindre à un autre tout et pour lui être uni de façon indissociable. Harpagon ne voyait pas dans la cassette où s'amassaient les écus « épargnés » un bien moins précieux que le reste de sa fortune. Feu le bas de laine n'a jamais eu dans l'esprit de ses possesseurs une place moindre que les autres biens dont ils pouvaient être propriétaires...

Réserves, épargne, économies sont autant de synonymes dans le vocabulaire commun ; autant de prélèvements opérés sur les revenus du travail et du capital ; autant de manifestations d'un phénomène conçu, il est vrai, sous la forme primaire d'une thésaurisation que l'on a beaucoup critiquée jusqu'au jour où l'on s'est aperçu qu'elle avait peut-être sauvé la France de la ruine, et l'avait sans doute aussi préservée d'une inflation plus grave encore que celle qu'elle a connue.

Épargner était un devoir dans la mentalité du siècle dernier et du début du nôtre. Tout chef de famille normalement diligent ressentait profondément cette nécessité de transmettre à ses héritiers un patrimoine supérieur et en tout cas au moins égal à celui qu'il avait reçu de ses parents. Pour y parvenir une seule voie était possible : ne pas dépenser l'intégralité de ses ressources, constituer des réserves qui accroissent le capital.

3. Le même impératif dicte le comportement des commerçants ou des industriels. Les hommes d'affaires ont conscience des aléas de leur activité et sentent plus que d'autres peut-être la nécessité d'une épargne très stricte.

Pour eux cependant on doit déjà noter une particularité remarquable. Leurs entreprises passent au premier plan de leurs préoccupations. Ils se considèrent comme leur serviteur et leur laissent généralement les bénéfices économisés. Ainsi la mise en réserve n'est pas tant un acte positif de placement ou de thésaurisation, qu'un acte négatif d'abstention de retrait. Constituer une réserve, c'est moins transférer quelque chose d'un tout dans un autre, que le laisser dans le tout initial. Une opération intellectuelle est nécessaire pour qualifier un instant ces sommes de revenu et leur conférer ensuite le caractère de capital qu'elles n'ont jamais perdu en fait.

4. Le besoin d'édicter des règles spéciales pour les commerçants individuels ne s'est pas fait sentir. En revanche, l'apparition des sociétés anonymes a fait craindre un danger. On pouvait redouter que des dirigeants peu scrupuleux négligent volontairement leurs devoirs d'épargne et de prévoyance sans encourir une sanction. Ces entités juridiques largement irresponsables pouvaient cacher derrière le paravent de l'anonymat qu'elles conféraient, un comportement répréhensible. Pour tenter de déjouer cette fraude possible, toute société anonyme dut donc prélever une partie de ses bénéfices pour les porter en réserve.

Ce stade devait pourtant être assez vite dépassé.

5. Avec la loi de 1867, le capitalisme moderne posséda enfin le merveilleux instrument qui devait permettre son développement maximum. Cette machine juridique collecte les capitaux pour les faire travailler par la création et l'extension d'entreprises. Les besoins en capitaux sont infinis. Mais, et c'est le fait le plus notable, l'idée de thésaurisation est totalement absente dans ces sociétés. Les capitaux tiennent le rôle de la matière première pour cet outil admirable. Faute de capitaux suffisants la machine ne saurait fonctionner. La recherche de fonds est le souci constant des dirigeants. L'épargne publique est la source principale, mais elle n'est pas intarissable.

Le législateur imposant de retenir une fraction des bénéfices indiquait la voie à suivre, voie au demeurant suggérée par le comportement des commerçants individuels. Car si la machine consomme des capitaux, elle en produit également. A défaut de pouvoir se procurer au-dehors les apports indispensables, en raison, d'une part, de la hausse des prix, et d'autre part de la carence de l'épargne publique et des établissements de crédit, c'est au sein même de l'affaire qu'il faut les chercher. Les entreprises se sont mises à consommer les capitaux qu'elles créaient. Elles se sont financées elles-mêmes. Ainsi est né l'« autofinancement ».

6. Un entrepreneur individuel est libre d'agir à sa guise. Il fixe comme il l'entend le montant des capitaux qu'il consacre à son activité commerciale ou industrielle. Lorsque c'est une société qui exploite l'entreprise les choses sont moins simples.

Le propriétaire de l'entreprise est en effet une personne morale. Les associés ont fixé en principe au montant de leurs apports les capitaux dont ils laissent la disposition à la Société. La nature exacte du droit des associés sur les capitaux qui viennent s'y adjoindre par suite de l'activité de l'entreprise, est une première source de difficultés. En outre, l'accord de ces associés est *a priori* indispensable pour toute variation du chiffre des capitaux qui sont ainsi laissés à la disposition de la Société.

L'étude des réserves ne présente donc d'originalité que pour les entreprises exploitées par des sociétés. Et encore le cas des sociétés de personnes ou de la Société à responsabilité limitée ne présente-t-il que peu d'intérêt. D'abord, parce que malgré leur forme juridique, les entreprises correspondantes sont bien proches des entreprises individuelles, et le comportement des associés est celui d'entrepreneurs individuels. Ensuite parce qu'il est extrêmement rare qu'il s'agisse d'affaires ayant une importance économique très grande ; les problèmes d'autofinancement n'y atteignent pas le même degré d'acuité. C'est pourquoi cette étude ne portera que sur les réserves des Sociétés par actions.

7. La séparation des pouvoirs est l'un des principes directeurs du fonctionnement de ces sociétés par actions. Si les actionnaires détiennent le pouvoir de prendre les décisions les plus importantes concernant la marche des affaires sociales, ce sont des mandataires élus par l'assemblée générale qui administrent la société. La comptabilité et le bilan voient alors s'ajouter à leur rôle normal d'instruments de gestion financière, un rôle juridique de la plus haute importance.

La comptabilité enregistre, en effet, le résultat exprimé en unités monétaires d'actes ou de décisions juridiques ayant eu pour conséquence d'accroître ou de diminuer le patrimoine social, ou de modifier le caractère juridique des éléments qui le composent. Véritable sténographie du droit, la comptabilité est une science auxiliaire du droit commercial.

C'est sous la forme du résumé de la comptabilité de l'entreprise que la majorité des définitions anciennes faisaient apparaître le bilan. Cette conception tend à être abandonnée, à juste titre, au profit d'un rapprochement du bilan et de l'inventaire dont il est le résumé. L'article 9 du Code de Commerce dispose que tout commerçant « est tenu de faire tous les ans,

sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers et de ses dettes actives et passives». L'arrêté des comptes est l'un des moyens de préparation de l'inventaire ; il n'est pas le seul. La pratique tend, du reste, à différencier l'inventaire comptable (c'est-à-dire l'arrêté des comptes) de l'inventaire proprement dit, parfois qualifié d'extra-comptable¹.

On peut alors définir le bilan, soit comme l'exposé des résultats de l'inventaire sous la forme d'un tableau présentant l'état chiffré des différents comptes et faisant entre eux une compensation, soit comme une coupe pratiquée dans l'actif et le passif au jour de la clôture, soit encore comme un état indiquant la situation réelle d'une entreprise à un moment donné par l'énumération exacte de ses biens et de ses dettes. Pour la suite de cette étude, il suffit de retenir que le bilan est un état chiffré résumant l'inventaire d'un patrimoine.

Les administrateurs ne peuvent mieux rendre compte de leur gestion qu'en présentant aux associés le résumé de l'inventaire du patrimoine qu'ils ont reçu pour mission de gérer. Mais surtout les actionnaires ne sont à même d'adopter toutes décisions utiles que connaissance prise de ce document, qui les renseigne suffisamment sur la situation exacte de la Société et plus particulièrement sur l'importance des capitaux investis dans l'entreprise.

8. Résumé de l'inventaire, le bilan se présente sous forme d'un tableau divisé en deux parties, l'actif et le passif.

« L'actif, dit Wahl, c'est le patrimoine de la Société, c'est tout ce qui lui appartient et a une valeur. Quant au passif, ce sont les dettes ».

Cette définition est pour le moins surprenante sous la plume de ce juriste averti, car il est admis que le patrimoine est l'ensemble des droits et charges d'une personne, appréciables en argent. Sans doute faut-il entendre le mot patrimoine dans son acception non juridique qui en limite la portée à ce que possède une personne, à l'exclusion des dettes.

Le modèle de bilan-type du Plan Comptable de 1957 décompose l'actif en quatre groupes principaux : Immobilisations — Autres valeurs immobilisées — Valeurs d'exploitation — Valeurs réalisables à court terme ou disponibles.

Mais à côté de ces éléments qui sont la propriété de l'entreprise et dont la réalisation se solderait par des rentrées effectives d'argent, il en est d'autres qui ne correspondent à aucun bien ou à aucune créance susceptible d'être monnayés. D'où le qualificatif d'actifs fictifs qu'on leur donne parfois².

1. Un exemple fera mieux comprendre la différence. Chaque soir le caissier d'un magasin fait l'addition des fiches des vendeurs et connaît le montant théorique de ses recettes. Cette somme ajoutée à son encaisse initiale lui donne le montant théorique également de son encaisse finale (inventaire comptable). Qu'une erreur se soit produite en rendant la monnaie à un client, par exemple, et la somme effectivement en caisse sera différente de celle théorique. Le caissier doit donc compter les espèces qu'il a en sa possession (inventaire extra-comptable). C'est le seul moyen de connaître son avoir réel.

2. Il convient de citer les frais de premier établissement, c'est-à-dire les frais engagés, soit au moment de la création de l'entreprise, soit de l'acquisition par celle-ci de ses moyens permanents d'exploitation. Il s'agit de dépenses indispensables dont les résul-

La contrepartie de l'actif est constituée par le passif. Le terme même est intimement lié à l'idée de dettes. Elles composent effectivement l'essentiel du passif. Le Plan Comptable les groupe sous deux rubriques : Dettes à long et moyen terme — Dettes à court terme.

À côté de ces dettes constituant le passif à l'égard des tiers, le passif réel, ou encore externe, on trouve des comptes de régularisation homologues de ceux de l'actif.

9. L'actif est normalement supérieur au total de ces comptes de passif. La différence entre ces deux sommes représente le montant auquel on peut chiffrer l'actif net de l'entreprise. Cette différence a également reçu le nom de situation nette, d'ailleurs adopté par le Plan Comptable de 1957.

À partir du principe qui a pu être qualifié « d'équation fondamentale du bilan » à savoir justement que :

$$\text{Actif} - \text{Dettes} = \text{Situation Nette}$$

étant donné par ailleurs que le total de l'actif est égal au passif (c'est la définition même du bilan, bilancia : balance) on ne peut aboutir qu'à cette conclusion que la situation nette positive doit être mise du côté des dettes, c'est-à-dire au passif.

Si l'on veut pourtant conserver au bilan un caractère dynamique, — c'est-à-dire en faire un document établi en vue de mesurer le résultat d'une période, — il convient de distinguer la situation nette avant les résultats d'exercice¹ et ces résultats proprement dits, la somme algébrique des deux montants donnant la situation nette finale.

En dehors des comptes de résultats le Plan Comptable distingue deux catégories de postes de situation Nette : Capital et réserves — Report à nouveau.

10. Capital et réserves apparaissent ainsi très proches et ne sont qu'une partie d'un même tout, la situation nette. Le concept de réserve a beau impliquer un rapprochement avec le capital, cette analogie que l'on présentait peut surprendre. Une analyse du bilan menée dans une perspective différente fera mieux ressortir la réalité de cette parenté.

Aucun élément d'actif ne peut venir gonfler le patrimoine social si la Société n'a pas trouvé les moyens de financement correspondants. Ces capitaux peuvent être puisés à deux sources : auprès de tiers ou dans la substance même de l'entreprise. Capitaux propres et capitaux étrangers sont à l'origine de tous les biens possédés. Or aux capitaux fournis par des

tats n'ont pas de valeur objective. On a pu les dénommer « actifs historiques ». Il semble préférable d'y voir une variété de la catégorie principale d'actifs fictifs que sont les comptes de régularisation. Ceux-ci sont utilisés pour répartir les charges et les produits dans le temps, de manière à rattacher à un exercice déterminé toutes les charges et tous les produits s'y rattachant effectivement et ceux-là seulement.

1. Il faut remarquer que cette situation nette avant les résultats de l'exercice ne coïncide pas obligatoirement avec la situation nette de début d'exercice, certaines variations pouvant intervenir en cours d'année, par suite de mouvements des comptes la composant.

tiers correspondent des dettes réelles. Le total du passif externe n'enregistre rien d'autre que ces capitaux étrangers dont l'entreprise dispose. Le surplus de l'actif ne peut qu'être financé par des capitaux propres. La situation nette représente le capital investi dans l'entreprise.

C'est alors qu'intervient le principe de fixité du capital social, lorsque l'entreprise est exploitée par une Société. Les capitaux investis ne recouvrent jamais exactement le montant du capital social. Il convient, par suite, de distinguer les accroissements de la situation nette, du chiffre du capital. Les comptes de bénéfices et de réserves permettent d'opérer cette distinction.

L'assemblée générale a, en principe, seule compétence pour prendre toute décision qui tendrait au maintien ou au retrait de capitaux excédant le capital social. Ce retrait ou ce maintien n'a pas lieu automatiquement. La situation nette étant mouvante par nature, il faut faire le point périodiquement, décider du sort de ces variations inhérentes à la vie de la Société. L'apparition ou la disparition de certains postes au bilan concrétisent ces décisions, en même temps qu'ils montrent l'aspect dynamique du problème. Mais bien évidemment l'étude n'est possible qu'autant que l'on connaît au préalable les différences de statut juridique entre les divers postes susceptibles de composer la situation nette. En d'autres termes l'aspect statique de la question est fondamental et permet seul de parvenir ensuite à des solutions satisfaisantes.

11. Le point commun à tous les comptes de situation nette est qu'ils figurent tous au passif du bilan. Ceci laisse supposer qu'il n'y a entre eux que des différences de degré, mais que tous correspondent à une dette de la Société.

Une grande partie de la doctrine a dénoncé l'erreur qui consisterait à voir un passif dans les comptes de situation nette. M. Amiaud, par exemple, écrit : « il ne faut pas s'y tromper, cette expression (que le capital social est un compte passif du bilan) n'est exacte qu'au seul point de vue comptable, et il serait absolument erroné d'en tirer la conséquence que le capital social représente une dette, dette de la Société envers ses actionnaires ». Et il ajoute qu'il ne faut pas craindre d'affirmer que le capital constitue essentiellement un actif pour la Société.

Cette affirmation n'est pas pleinement décisive. L'analyse du passif comme l'inventaire des capitaux l'indique clairement. On ne peut soutenir que la fraction de l'actif financée par les tiers (passif réel) n'est pas la propriété de la Société. Il n'y a aucune incomptabilité entre la propriété d'une chose et l'existence d'une dette exactement correspondante. Il n'est besoin que de songer au prêt de consommation pour être confirmé dans cette opinion. Dans ce contrat la propriété des choses prêtées est transférée à l'emprunteur, lequel maître de les consommer ou de les aliéner, se libérera par la restitution de choses de même nature.

Cet aspect du problème est pourtant passé inaperçu. C'est qu'en effet une chose frappe, le fait que la situation nette ne fait qu'enregistrer la somme que les associés pourraient récupérer après liquidation de l'être moral et collectif. Cette somme est la valeur d'un droit de propriété ou de co-propriété. Ce ne peut donc être une dette ou une obligation : et il est

choquant de constater le mélange dans la colonne Passif de ce qui est dû aux tiers et de ce qui reviendrait aux ayants droit.

« Le juriste ne connaît pas l'actionnaire propriétaire. Une telle qualité serait la négation même de la personnalité attribuée à la Société ». Cette remarque du Doyen Ripert montre combien les analyses traditionnelles sont insuffisantes. Le propriétaire c'est la Société. S'arrêter à cette constatation, c'est ne voir qu'un côté de la question. Il faut aller plus loin et rechercher la nature des droits des associés sur le patrimoine social. Seule cette recherche permettra de cerner avec la précision nécessaire la nature juridique des réserves. Les droits des associés se montent en effet, au total des capitaux propres de la Société. Tout prélèvement en vue d'une mise en réserve ne peut porter que sur la situation nette. La définition des réserves sera donc possible.

L'intérêt d'une telle étude peut paraître essentiellement doctrinal. La pratique y trouvera néanmoins des éléments susceptibles de lui être utiles. D'abord parce que l'accord est loin d'être réalisé sur ce qu'il faut entendre par réserve. Mais plus encore parce que la solution donnée permet seule de résoudre les difficultés inhérentes à l'aspect dynamique du problème, et que cette perspective retient tout spécialement l'attention des dirigeants de Sociétés.

12. Définition et nature juridique des comptes de réserves sont les éléments de base de l'étude de leur constitution, comme de leur disparition. Il serait pourtant faux de penser que ces données sont suffisantes. D'autres considérations interviennent qui ne sont pas moins importantes.

Pour qu'une partie des capitaux propres puisse être mise à part, il est bien certain qu'il est nécessaire qu'un accroissement ait été constaté dans leur montant. Une telle augmentation évoque aussitôt l'idée de bénéfices. Ceux-ci sont, en effet, une des sources principales de réserves.

La recherche de bénéfices est l'un des buts du contrat de société. Cependant l'article 1832 du Code Civil exige plus : il faut que ces bénéfices soient répartis. Cette répartition doit être périodique. Comment dès lors est-il possible de concilier la constitution de réserves se traduisant par l'absence de répartition, avec l'objet même du contrat de Société ?

La réponse est apparemment facile. La Société est un groupement régi par des statuts. Des assemblées sont prévues qui peuvent prendre les décisions nécessaires. La loi de la majorité, voilà la grande règle. Grâce à elle on pourra ne pas distribuer les bénéfices sans être en contradiction avec la nature de la Société. Hélas, des arguments puissants viennent diminuer sérieusement la force de ce raisonnement. L'actionnaire, dit-on n'est entré dans la Société que pour retirer sa part de bénéfices. Il possède un minimum de droits individuels dont il ne peut être privé. Le respect de ces droits s'impose. Dans ses relations avec l'individu, l'Etat lui-même n'est pas omnipotent. Il doit assurer un minimum de libertés et de prérogatives. Un groupe n'ayant pas d'attributs de puissance publique ne saurait prétendre à plus de pouvoirs que l'Etat...

Le problème n'est certes pas insoluble. Mais pour parvenir à une solution acceptable il faut recourir à la nature des liens unissant la Société et les associés, en apportant les correctifs propres à tenir compte des données particulières nées du conflit évoqué.

Au surplus, il n'est pas dit que les prélèvements sur les bénéfices soient la seule origine des réserves. Il n'est même pas certain que la volonté libre et éclairée des associés soit une condition *sine qua non* de leur constitution. Ce sont là autant de questions délicates qui se posent à propos de cette constitution des réserves. La création des réserves occultes paraît de prime abord entachée d'illicéité. Ce vice n'empêche pas leur existence de fait. On ne saurait d'ailleurs s'en étonner. Les besoins en capitaux des sociétés par actions sont immenses. Les obstacles qui peuvent surgir et interdire la constitution de réserves régulières sont autant d'entraves au bon fonctionnement de l'entreprise. La tentation est grande de parvenir aux résultats souhaités, l'accroissement des capitaux propres, même au prix de procédés frauduleux. Le rôle de l'autofinancement est devenu tel, que sans lui de nombreuses affaires seraient vouées à une décadence inéluctable. Le concept classique d'épargne est désuet, celui de prévoyance s'est considérablement transformé. Constituer des réserves est à ce point vital pour les Sociétés que certaines ont dû y recourir à tout prix, quitte à faire litière des principes juridiques les plus sûrs. Le besoin de l'autofinancement n'est, au plus, qu'une circonstance atténuante, puisqu'en règle générale, notre droit se refuse à prendre en considération l'état de nécessité. Mais du moins la jurisprudence en tient-elle suffisamment compte lorsqu'il s'agit non pas de condamner des moyens illicites de constitution de réserves, mais d'apprécier la validité de décisions régulières de la majorité des associés ? Il est permis d'en douter.

En étudiant le problème de la constitution des réserves, il ne faut jamais perdre de vue cette importance pratique de l'autofinancement. Les discussions de pure technique juridique seraient vaines si cette nécessité capitale était oubliée. Les arbres cacheraient trop la forêt.

En revanche, la disparition des réserves échappe largement à la nécessité de l'autofinancement. Celui-ci explique la prédominance de l'incorporation de réserves, par rapport à leur distribution comme mode de disparition. Mais il est étranger aux questions de pur droit qui se posent. La nature même des réserves, comme les principes généraux du droit des sociétés suffisent pour donner les solutions aux difficultés nées de cette disparition. Qu'il s'agisse de déterminer les ayants-droit aux réserves ou le mécanisme de l'incorporation de réserves par exemple, il n'est besoin de se référer qu'aux seules règles de technique juridique.

13. Au vrai, il serait dangereux de croire que l'autofinancement, la nature juridique des réserves, ou les principes généraux du droit permettent d'expliquer toute la politique suivie par une société en matière de réserves. Il est un autre élément qui agit fortement sur son comportement, le régime fiscal de ces comptes.

Ce n'est un secret pour personne que les considérations fiscales déterminent dans une large mesure l'activité juridique des individus. La façon dont sont imposés les bénéfices détourne souvent du choix de telle ou telle forme de société. De même les procédés choisis pour le financement d'une entreprise sont fonction en grande partie des incidences fiscales de ces procédés.

Economiquement la création de réserves est souhaitable. Le législateur

ayant conscience de ce fait a donc encouragé l'autofinancement, en lui servant en quelque sorte de parrain. L'inflation fait obstacle au bon fonctionnement des règles normales des sociétés par action. En particulier, le montant des bénéfices se trouve artificiellement gonflé et enregistre des pertes de substance de l'entreprise. Les retenues opérées à des fins économiques sur ces sommes juridiquement considérées comme des profits ne devraient pas être soustraites à l'impôt. Le législateur a dû corriger cette règle en permettant la constitution de réserves en franchise. Pour ne pas paraître accorder un privilège anormal, il a qualifié ces prélèvements de dotations ou de provisions. Les termes ne doivent pas abuser. Il s'agit bel et bien de réserves.

Toujours dans cette perspective favorable à l'autofinancement, le fisc a fait bénéficier à des degrés variables l'absorption des réserves par le capital social de régimes fiscaux intéressants.

Contrebalançant curieusement cette faveur pour l'autofinancement, le fisc est tenté de frapper les réserves d'impôts extraordinaires. L'idée de réserve paraît évoquer dans son esprit l'existence de sommes plethoriques de bonne prise dans la détresse des finances publiques. Ce mouvement de balancier profitant puis nuisant à une politique délibérée de constitution de réserves apporte un trouble certain au développement régulier de l'institution. L'importance de ce facteur très contingent n'est pas à négliger.

14. Ainsi trois ordres de problèmes apparaissent qui embrassent la matière des réserves dans les sociétés par actions.

Au départ l'analyse statique de ces comptes unit étroitement les problèmes de droit et de comptabilité. L'interférence de ces deux questions n'est sans doute pas un facteur de simplification. Il n'est cependant pas possible d'en éliminer une, sans arbitraire. Les réserves apparaissent de prime abord comme une partie des capitaux propres de l'entreprise, comme une fraction de la situation nette au bilan. Le bilan sert en quelque sorte d'instrument de mesure pour les réserves. Leur qualification exacte dépend de la nature juridique du droit des associés sur le patrimoine social. L'analyse statique des réserves se ramène à leur analyse juridique et comptable.

Ce premier point étant élucidé, il est alors, mais alors seulement possible de comprendre le mécanisme des décisions qu'ont à prendre les associés pour maintenir des capitaux dans le patrimoine social ou les en retirer, ou bien si l'on préfère, pour faire apparaître ou disparaître les comptes de réserves du bilan. En arrière plan de cet aspect dynamique, la nécessité de l'autofinancement domine assez largement cette vie des réserves.

Enfin un dernier phénomène se superpose aux précédents, tantôt pour en freiner, tantôt pour en accélérer les effets. La permanence de l'institution n'en est pas affectée. Le droit fiscal explique les amplitudes de la courbe de son évolution. C'est un correctif important ; ce n'est pourtant qu'un correctif dont l'étude n'est utile que si l'on connaît auparavant la partie stable de l'institution.

Aussi faut-il envisager successivement chacun de ces problèmes. Les trois parties de cet ouvrage seront donc respectivement consacrées : à l'analyse juridique et comptable des réserves, à leur vie, à leur régime fiscal.

PREMIÈRE PARTIE

Analyse juridique et comptable des réserves

15. Le profane qui examine un bilan se demande par quel miracle le total de chacune des colonnes de chiffres, intitulées Actif et Passif peut bien être le même. Cela lui semble suspect. Si on lui explique que c'est la définition même du bilan qui veut ce résultat, il s'interroge alors sur l'utilité d'établir un document dont on sait par avance que les deux parties s'équilibreront parfaitement. S'il est actionnaire de quelque Société, ses regards se portent en premier vers les rubriques du passif pour y découvrir le montant des réserves, ces promesses de félicité future ; mais il s'étonne toujours que les bénéfices s'inscrivent au passif et les pertes à l'actif.

Rarement sa curiosité ira plus loin. Le bilan demeurera toujours pour lui quelque chose d'hermétique. Quant aux problèmes juridiques posés par l'existence de ces comptes, il n'en aura généralement pas la moindre idée, et se souciera fort peu de savoir ce que représentent dans la réalité les sommes inscrites sous le vocable de « réserves ».

Les deux aspects, comptable dans leur présentation, juridique dans leur analyse, sont pourtant étroitement liés. Ils sont complémentaires et vouloir les dissocier, c'est se refuser à essayer de découvrir la nature véritable des réserves, se refuser même à savoir ce qu'est une réserve.

Cette double analyse juridique est comptable des réserves permet de se former une opinion sur la définition et la nature juridique des réserves, et ensuite d'en opérer le recensement et la classification.

Les deux titres de cette première partie permettront de mener à bien cette analyse, en envisageant successivement :

1° Les réserves, Passif interne des Sociétés par actions.

2° Les différents comptes de réserves et leurs classifications.

TITRE PREMIER

LES RÉSERVES PASSIF INTERNE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

16. L'expression « passif interne » n'est pas une nouveauté. Elle a eu son heure de célébrité grâce à Vivante¹. Si d'autres dénominations lui ont été préférées depuis, c'est que cet auteur lui attribuait une signification essentiellement comptable, et que l'on s'accorde à dénier aux comptes rangés sous ce nom le caractère d'un passif. L'analyse juridique a, dans ce cas, réagi sur le domaine de la pure technique comptable, ce qui prouve une nouvelle fois l'étroite relation qui les unit.

Juristes et comptables ont étudié les problèmes posés par le bilan². Il pourrait sembler qu'il n'y ait plus rien à dire sur cette question. Ce serait peut-être vrai. A une première condition : que l'unanimité soit faite sur les réponses à lui donner. Or, il n'en est rien ; deux écoles s'opposent en termes souvent dépourvus d'aménité, ce qui prouve qu'aucun argument décisif n'a pu être avancé. L'existence de tels arguments étant la seconde condition pour ne pas rouvrir inutilement un débat considéré comme abandonné.

On ne saurait dissimuler ni la complexité du problème, ni la difficulté de l'entreprise. Sa réussite est pourtant la condition nécessaire, sinon suffisante du succès de l'étude des réserves. Il n'est guère possible de partager l'opinion de M. Amiaud, quand il soutient que la définition des réserves est indépendante de toute idée de représentation comptable³.

1. Vivante. *Traité de droit commercial*, 1910-1912, t. 1, p. 319.

2. Pour ne citer que quelques-uns des ouvrages les plus connus ou les plus récents, mentionnons BATARDON, *L'inventaire et le bilan*, 9^e éd., 1950 ; CHARPENTIER et HAMELIN, *Traité pratique des bilans et inventaires*, 2^e éd., 1933 ; DALSACE, *Le bilan, sa structure, ses éléments*, 2^e éd., avec le concours de M. MAREUSE et J. NATAF, 1958 ; FOLLIET, *Le bilan dans les sociétés anonymes du point de vue juridique et comptable*, 6^e éd., Lausanne, 1954 ; LAIR, *Etudes analytiques des bilans commerciaux, industriels et financiers*, 4^e éd., 1954 ; SNOZZI, *L'interprétation des bilans* 1953 ; THIELLAND, *Traité de comptabilité, technique, juridique, économique*, 1954.

3. AMIAUD, *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, n^o 9, p. 14.

Dans une entreprise individuelle, l'ensemble des comptes de situation nette représente les capitaux que l'entrepreneur y a investis. Le bilan, qui permet d'en connaître l'importance est l'instrument de mesure du droit de propriété du commerçant ou de l'industriel. L'actif est en effet sa propriété. Il n'est certes pas possible de considérer que le total de cet actif représente la valeur de son patrimoine, puisque certaines dettes en diminuent l'importance. La situation nette tient compte de cette diminution et correspond à un droit de propriété. Le fait que des considérations de technique comptable aient pour conséquence d'inscrire la mesure de l'actif net dans la colonne du passif ne change rien.

Cette inscription a pourtant, dit-on, ce résultat fâcheux de créer une confusion même pour les esprits avertis. Il est illogique, ajoute-t-on, de mélanger deux choses absolument étrangères. Le départ entre les aspects comptable et juridique est rendu plus difficile ; il en résulte des confusions regrettables.

Au vrai, il a été soutenu que l'inscription de la situation nette dans les comptes de passif n'était illogique qu'en apparence. L'erreur consisterait, en effet, à envisager le problème du point de vue du propriétaire et non de l'entreprise elle-même. L'entreprise, propriétaire de l'actif, serait débitrice à l'égard de l'entrepreneur des capitaux investis par lui dans l'affaire. Partant, l'inscription au passif des comptes de situation nette, loin d'être une erreur, correspondrait à l'exacte vérité.

On n'a pas eu de difficulté à montrer combien est arbitraire une telle analyse qui introduit une distinction fictive et que rien n'autorise. En l'état actuel de notre droit, et malgré l'arrêt de la Chambre Civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954¹, il ne paraît pas possible d'affirmer que l'entreprise soit dotée de la personnalité morale qui justifierait seule une telle dissociation. Un raisonnement rigoureux détourne de l'explication donnée ; mais la qualifier d'absurde n'en est pas moins exagéré.

La même argumentation a été reprise pour les bilans des entreprises exploitées par des Sociétés. La qualification de passif se trouve également exclue dans ce cas, comme dans celui des entreprises individuelles. Les comptes de situation nette indiqueraient seulement le montant du patrimoine social ; ou bien ils chiffreraient la dette de l'entreprise à l'égard de la Société, sans que l'entreprise puisse davantage se voir reconnaître la personnalité juridique.

La dissociation constante opérée entre l'entreprise et l'entrepreneur ne peut conduire qu'à une impasse. Son inaptitude à résoudre le problème doit détourner de persévérer dans cette voie. Le patrimoine de l'entreprise et celui de l'entrepreneur ne font qu'un ; il se confond avec celui de la Société, dans l'hypothèse où c'est elle qui exploite l'entreprise.

Or, s'il faut refuser la personnalité morale à l'entreprise, on ne peut nier que la Société la possède. L'influence de cette personnalité morale permet par l'analyse des rapports entre la Société et les membres la composant, de qualifier ces rapports et ainsi de mettre en évidence l'existence d'un passif interne. Ce dernier, étant fort différent du passif à l'égard des personnes étrangères à la Société, ses modalités doivent être précisées.

4. D., 1954 ; J., 217.

Il est alors possible d'en rechercher les éléments constitutifs, et enfin de voir comme les réserves s'y intègrent.

L'étude de ces différents points fera l'objet de chacun des quatre chapitres suivants :

- Chap. 1. — Passif externe et Passif interne.
- Chap. 2. — Définition et modalités du passif interne.
- Chap. 3. — Les éléments constitutifs du passif interne.
- Chap. 4. — La place des réserves dans le passif interne.

CHAPITRE PREMIER

PASSIF EXTERNE ET PASSIF INTERNE

17. Pendant longtemps la question essentielle a été de savoir quand un groupement de personnes jouissait de la personnalité morale. Il semblait que les groupements d'individus pouvaient se diviser en deux catégories : les uns, doués de la personnalité morale, constituant des phénomènes perçus par le juriste comme ayant une vie extérieure et jouant le rôle de sujets de droits ; les autres privés de cette personnalité, restant en dehors des phénomènes juridiques.

Les analyses de la personnalité morale se sont multipliées et ont fait progresser la connaissance de ce sujet. On s'est alors avisé qu'à côté de cette vie extérieure il en existe une autre intérieure celle-là, mais elle aussi perçue par le juriste.

Cette distinction autorise à considérer qu'à côté du passif externe, né des relations de la vie sociale externe, il existe un passif interne, né des rapports de la vie sociale interne.

Un rappel sommaire des principales théories de la personne morale (§ 1) est nécessaire avant d'étudier le dédoublement entre vie externe et vie interne (§ 2) qui est à la base de la différence entre passif externe et passif interne (§ 3).

§ 1. — *Rappel sommaire des principales théories de la personnalité morale.*

18. Les tenants de la théorie de la fiction, conduits par Savigny, affirment que l'homme seul étant une personne réelle, on ne peut expliquer que par une fiction l'idée de personnalité appliquée à autre chose qu'à des individus. Le législateur est maître de la fiction. Aucun groupement ne peut élever la prétention d'avoir la personnalité par la Nature. Il lui faut la Grâce¹.

1. MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale*, t. 1, p. 18. En droit italien Vivante avait soutenu l'opinion contraire « La legge la riconosce ma non la crea » (*Trattato II*, n° 300, p. 4). Mais en droit positif ce point de vue n'a pas triomphé. Lors des débats précédant l'adoption du nouveau Code, il a pu être dit « Le società commerciali, come qualunque altra società considerate nei rapporti dei soci, non sono altro che una comunione..., dimodo che il patrimonio di qualunque società privata appartiene ai singoli soci ; la società è padrona di quel patrimonio. *Fin qui non vi è nemmeno l'ombra della persona giuridica* » (Sénateur Pescatore, cité par BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, t. II, p. 233.

Une autre partie de la doctrine a nié l'existence et la nécessité de la personnalité morale. C'est à elle qu'il faut rattacher en particulier les partisans du patrimoine du but (Zweckvermögen) ou d'affectation. Saleilles a contribué grandement à la faveur de ces idées en droit français.

Enfin une dernière fraction, dont le chef de file est Gierke, nie que la personne morale soit fictive, ou qu'il s'agisse d'un simple artifice derrière lequel on trouve soit des patrimoines sans maître, soit des individus. Ce ne peut être qu'une personne réelle.

Si partisans de la fiction ou de la réalité ont souvent échoué dans leurs tentatives, il faut en voir la raison dans la place prépondérante qu'ils donnaient à la métaphysique, et qui les faisait se heurter tôt ou tard à des différences irréductibles entre la personne humaine et ces êtres collectifs. Ils avaient entrepris de démontrer que les groupements ont une personnalité philosophique analogue à la personnalité humaine. Dans cette voie on ne peut aboutir¹.

Ce n'est pas le moindre mérite de Michoud que d'avoir su se dégager de ces éléments ontologiques, pour utiliser des règles de technique juridique. A partir de la définition du droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre, il peut tirer cette première conclusion que le titulaire du droit est l'être dont l'intérêt est garanti. L'homme est le premier *centre d'intérêts* auquel la personnalité est reconnue. La protection juridique ne couvre que les manifestations de volonté qui ont pour but un intérêt humain, que le législateur estime dignes d'être protégées. Dès lors, il faut élever à la dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements humains. On doit leur permettre d'être représentés par des volontés, les traiter comme des personnes morales.

Encore faut-il que ces intérêts soient distincts des intérêts individuels, qu'il existe une *organisation* capable de dégager une volonté collective, et aussi que le milieu juridique les accepte.

Comment cette volonté collective va-t-elle se manifester ? Par les *organes* de la collectivité². L'être réel est bien le groupe organisé, mais seul l'organe a qualité pour accomplir des actes juridiques. Une personne morale peut d'ailleurs avoir plusieurs organes distincts entre lesquels il y ait des relations de subordination et de hiérarchie.

Pour Michoud, la personnalité morale ne doit être reconnue à un groupement que lorsque les autres procédés de technique juridique sont insuffisants. Spécialement en ce qui concerne le droit privé la propriété en main commune (Gesamnte Hand du droit allemand) rend mieux compte de la réalité pratique et permet d'obtenir des résultats satisfaisants pour les sociétés en nom collectif. Par contre, pour lui, il est indispensable de reconnaître que la Société anonyme et la commandite par actions sont des personnes morales. C'est là une opinion qui n'a jamais été sérieusement contredite.

1. MICHOD, *op. cit.*, t. 1, p. 95 et s.

2. Il faut bien préciser que ce terme est pris à titre de comparaison. Il ne faudrait pas y voir une survivance de la théorie dite « organique » qui avait tenté d'expliquer la personnalité morale en la comparant à celle humaine, chaque membre du groupe tenant la place d'une cellule ou d'un organe au sens physiologique.

19. Dans ce survol des problèmes posés par la personnalité morale, il n'est pas possible de négliger « la prise de conscience dans un droit jusqu'alors strictement volontariste, de réalités sociales longtemps méconnues »¹ qu'a marquée la théorie de l'institution. Maurice Hauriou dont le nom est lié à sa formulation l'a exprimée ainsi : « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion, dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »².

Cette théorie a été développée par M. Renard. Pour lui, l'institution, au sens juridique du mot, c'est l'être qui supporte les institutions, au sens vulgaire du mot. C'est le même être qui envisagé du dehors par les profanes, découvre les institutions, et, envisagé du dedans par le juriste, se révèle une institution³.

Portée très générale, on le voit, si vaste même que ses limites ne sont guère précises et qu'elle n'est généralement accueillie favorablement par beaucoup de juristes, que parce qu'elle s'oppose au contrat, dont on s'accorde à reconnaître qu'il est impuissant à expliquer sinon la formation de l'être moral, du moins son fonctionnement.

Comme l'a fait remarquer M. Coulombel⁴ la théorie de l'institution ne diffère pas sensiblement de celle de Michoud quant aux critères d'existence de la personne morale. Au fond les critères sont les mêmes, les perspectives seules sont différentes, Michoud analysait en observateur, de l'extérieur ; les théoriciens de l'institution se placent à l'intérieur du phénomène qu'ils décrivent.

§ 2. — Vie externe et vie interne

20. Là ne s'arrêtent pas les ressemblances. Michoud se plaçait du dehors, et a porté son attention sur la manière d'être de la personne morale en tant que sujet de droit en rapport avec d'autres sujets de droit. Il a étudié avec beaucoup de soin, le comportement de l'être collectif, dans le milieu social et juridique, la façon dont s'exprime la volonté par le truchement des organes.

Mais, précise-t-il également, il y a dans toute personne morale une sorte de *vie intérieure*, réglée par la personne morale elle-même, dans la mesure où la législation générale lui laisse le droit de le faire. Ce pouvoir intérieur découle directement de l'existence même du groupement organisé⁵. Les statuts forment pour la corporation une véritable *loi intérieure*. Et déjà Michoud considère comme inexact de vouloir ramener l'existence des droits découlant de cette vie intérieure, à ceux résultant de la convention.

1. P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1949, p. 38.

2. Maurice HAURIOU, *Théorie de l'institution et de la fondation*, 4^e cahiers de la *jurisprudence nouvelle*, 1925, p. 10.

3. G. RENARD, *La théorie de l'institution*, p. 98.

4. P. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 39.

5. MICHOD, *op. cit.*, n° 168, t. 2, p. 2.

Or, que dit M. Renard ?¹ Il y a dans le sujet de droit collectif, une double vie. La première ou tout au moins la plus apparente par définition, la seule apparente du dehors c'est la vie de relations de sujet de droit à sujet de droit : la *vie extérieure*. La deuxième vie, qui celle-ci ne s'aperçoit pas du dehors : une vie de relations d'organe à organe au sein du même sujet de droit, celle qui circule à travers la structure, la *constitution* de chaque sujet de droit, sa *vie intérieure*. Une vie intérieure c'est bien autre chose qu'un lien de personne à personne, « *vinculum juris quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei* »².

Vie externe, vie interne, ce dédoublement n'a pas échappé à l'analyse perçante de ces éminents juristes. Mais combien d'auteurs y songent-ils encore quand ils étudient un problème mettant en cause une personne morale ?

Pourtant n'est-ce pas un instrument précieux de recherche juridique ?

Certes la loi intérieure ne règle pas tous les rapports pouvant exister entre la personne morale et ses membres. On peut avec Gierke distinguer trois ordres de rapports juridiques : ceux qu'elle peut avoir avec l'un de ses membres, dans les mêmes conditions qu'avec un tiers, — ceux résultant uniquement du groupement lui-même et entièrement régis par la loi intérieure, — et enfin ceux régis à la fois par la législation intérieure du groupe et par la législation extérieure au groupe qui protège contre lui les droits individuels des membres.

Ces deux derniers types de rapports doivent retenir particulièrement notre attention, spécialement quant aux pouvoirs du groupe. C'est le groupement lui-même qui joue à l'égard de ces rapports le rôle de législateur, soit dans ses statuts primitifs ou modifiés, soit dans ses délibérations conformes aux statuts³. Veut-on exprimer autre chose quand on parle de droit constitutionnel privé⁴ ?

21. Ces rapports peuvent être de nature très variée. Il en est un qui revêt une importance capitale pour cette étude : quelle est la nature du droit des membres de la personne morale sur son patrimoine. Transposons, en nous limitant au cadre de notre problème : quelle est la nature des droits des actionnaires sur le patrimoine social ?

Ces droits, dit Michoud⁵ ne constituent jamais une copropriété, car c'est l'être juridique et non ses membres qui est le titulaire du droit. Ils ne sont cependant pas assimilables à de simples droits sur la chose d'autrui, parce qu'il s'agit non de droits d'une personne vis-à-vis d'une autre personne entièrement distincte d'elle-même, mais des droits d'une personne vis-à-vis d'une personne collective *dont elle est membre*.

Les tentatives pour ramener ces divers droits, soit à des droits de propriété soit à des droits de jouissance sur la chose d'autrui ont échoué et l'on est arrivé à conclure que ce sont des droits *sui generis*. Ce qui les distingue des formes normales du droit individuel c'est d'une part que la

1. G. RENARD, *op. cit.*, p. 266.

2. JUSTINIEN, *Institutes III*, 13 pr.

3. MICHOD, *op. cit.*, t. 2, p. 9.

4. G. RENARD, *op. cit.*, p. 271.

5. MICHOD, *op. cit.*, n° 181, t. 2, p. 33 et s.

personne morale a, dans une mesure plus ou moins large, le droit de les régler, de les limiter, d'en modifier l'exercice ; d'autre part que le membre a le droit, en tant que tel de prendre part par lui-même ou par l'intermédiaire des organes de l'association aux décisions qui concernent ces divers points¹.

Si l'on se tourne vers les tenants de l'institution, on ne recueille pas une opinion qui soit sensiblement différente. La Société, dit-on², entretient un commerce avec ses associés ; ils lui ont apporté leurs deniers, elle leur paie des dividendes, ils interviennent dans la gestion sociale.

S'agit-il encore de relations obligatoires de créanciers à débiteur ? — Non point ! C'est l'obligataire qui est créancier, et l'obligataire est en dehors de la Société ; l'associé est dans la Société. — Alors, est-ce un titre de propriété, l'associé est-il un copropriétaire ? — Pas davantage, il y a ici toute la distance de la Société à l'indivision.

L'associé n'est donc ni un créancier, ni un co-proprétaire. L'associé est tout simplement partie intégrante de la Société.

Quel nom peut-on donner aux règles juridiques qui président à ces rapports entre Société et associés ? C'est du droit constitutionnel privé.

Il faut avouer que les résultats de cette étude sont décevants.

Il est admis, bien sûr, que ce droit des associés sur le patrimoine social, n'est pas un droit de co-propriété. La personnalité morale étant une chose, autre chose la main commune. Cette thèse ne pourrait d'ailleurs être soutenue sans influencer directement les phénomènes de la vie externe, voire les bouleverser.

Mais l'on se refuse presque aussi énergiquement à y voir un droit de créance des actionnaires contre la Société.

Il ne reste plus que la ressource de considérer qu'il y a là un droit *sui generis* (Michoud) ou un droit constitutionnel privé (Renard). On n'a rien résolu tant que l'on n'a pas donné, sinon une définition, du moins le contenu exact de ces termes.

Les seuls droits de créance reconnus contre la Société sont ceux a dividende, après la décision de mise en paiement, et à une part des distributions à la liquidation.

Cette créance va apparaître ou bien comme créée *ex nihilo*, ou bien comme résultant de la novation du droit *sui generis* en une véritable créance, mais dans les deux cas à la suite d'une décision *purement potestative* de la part du débiteur, en l'occurrence la personne morale, puisque les associés réunis en assemblée générale agissent comme des *organes* et n'expriment rien d'autre que la volonté de l'être collectif.

Mais alors comment concilier cette conséquence inéluctable des théories de la personnalité morale avec, par exemple, l'existence que chacun reconnaît d'un droit au dividende ? On répondra sans doute qu'il s'agit d'une question de justice distributive *communi utilitate servata, suam cuique tribuere dignitatem*³.

1. Il convient de remarquer que pour aboutir à la conclusion qu'il s'agit de droits *sui generis*, Michoud n'a préalablement écarté que l'assimilation à un droit de propriété, et non celle à un droit de créance.

2. RENARD, *op. cit.*, p. 270.

3. CICÉRON, *De inventione*, II, 53.

Cette règle ne fait que constater l'existence du droit, elle peut essentiellement servir à en délimiter les contours, elle ne renseigne pas sur sa nature profonde.

L'existence supposée d'un droit de créance antérieur (quelles qu'en soient les modalités) permettrait-elle de résoudre le problème ? Pas davantage dans l'analyse classique. Cette dette serait toujours soumise à une condition purement potestative.

Le problème semble dès lors insoluble. Autant s'attaquer à réussir la quadrature du cercle...

22. Un fait frappe pourtant qui ne semble pas avoir été entrevu jusqu'alors. A la distinction parfaitement nette que l'on fait maintenant entre la vie externe et la vie interne de la Société, ne correspond aucune différence de principe, aussi bien quant aux organes chargés de les régir, que quant aux formes dans lesquelles sont prises les décisions.

Le pouvoir suprême, nul ne le conteste, appartient dans la Société anonyme à l'assemblée générale des actionnaires. Elle délègue au Conseil d'Administration ceux de ces pouvoirs qu'elle juge utiles pour assurer la marche normale de la Société dans sa vie courante. Le Conseil une fois élu, jouira d'une certaine indépendance pour l'exercice de sa mission, puisqu'il y a séparation des pouvoirs. Il n'en demeure pas moins que l'Assemblée garde une compétence de principe pour tous les actes concernant la *vie extérieure* de la Société.

Cette même assemblée générale détient tous les pouvoirs pour la *vie intérieure* de la Société, puisque l'article 31 de la loi de 1867 (rédaction du 7 janvier 1959) lui confère la compétence la plus large que l'on puisse concevoir.

Lorsque cette assemblée générale va se réunir elle pourra avoir à trancher des problèmes, à prendre des décisions concernant indifféremment l'un ou l'autre aspect de la vie sociale, vie externe ou vie interne. Dès lors le seul critère que l'on puisse retenir pour savoir si elle agit à l'un ou l'autre titre est purement *matériel* : il a trait à la nature de la décision à prendre.

Cette situation n'est pas sans de très grandes analogies avec celle qu'ont eu à étudier les spécialistes du droit international public. Là aussi les organes sont souvent les mêmes qu'en droit interne, là aussi les formes sont souvent identiques et pourtant les règles édictées peuvent ne pas avoir trait à la vie nationale de l'Etat, mais à sa vie internationale. « Il en résulte pour les gouvernants et agents nationaux qui deviennent ainsi gouvernants et agents internationaux un *dédoublément fonctionnel caractéristique des relations intersociales*... Ce dédoublement se rencontre d'ailleurs dans les sociétés étatiques elles-mêmes où l'on voit couramment des fonctionnaires locaux investis de compétences générales et vice versa... C'est un *phénomène normal* dans toute Société composée¹ ».

Puisqu'on a parlé, pour les personnes morales, de droit constitutionnel privé, ne peut-on adopter et adapter cette théorie à notre matière ? Certes

1. G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, t. 1, p. 43 et s. Il faut remarquer que le principal reproche que l'on a adressé à l'auteur, c'est de s'en être tenu à un critère purement matériel. Or, nous sommes ici dans un domaine où le critère ne peut être que matériel.

c'est le même organe qui, dans les mêmes formes décidera des actes de la vie externe comme de la vie interne. Mais est-on obligé de reconnaître forcément que le titre de sa compétence est le même dans les deux cas ? Absolument pas, pensons-nous¹.

S'agit-il de prendre une décision particulièrement grave concernant la *vie extérieure* de la Société (par exemple : la vente ou l'achat d'un immeuble, ou l'émission d'un emprunt obligataire) on réunira les actionnaires, ès-qualité d'organes. La *décision* qu'ils prendront sera celle de la Société.

S'agit-il au contraire de prendre une décision relative à la *vie intérieure* (par exemple : la fixation du dividende, ou la constitution de réserves) on réunira les actionnaires ès-qualité d'associés. La *décision* qu'ils prendront s'imposera à la Société, qui sera tenue de l'exécuter.

§ 3. — *Passif externe et passif interne*

23. C'est là en effet notre thèse : la société, de même qu'elle a contracté des dettes dans sa vie externe, dettes dont le tout forme le *passif externe*, va se trouver débitrice à l'égard des associés par le jeu des relations de sa vie interne, la somme de ces dettes constituant le *passif interne*².

Ripert l'avait bien vu qui écrivait : « L'actionnaire a un droit *contre* la Société, et non un droit *dans* la Société »³.

L'objection la plus grave qu'on fera sans doute, c'est que cette proposition est une affirmation et non pas une démonstration. Que peut-on répondre ? D'abord qu'il ne fait de doute pour personne que les actionnaires possèdent un droit sur le patrimoine social. Les développements qui ont précédé ont suffisamment prouvé qu'il ne s'agit pas d'un droit de propriété ou d'un droit réel. Même si cela semble quelque peu simpliste, il faut conclure que ce droit devrait logiquement être un droit de créance, puisque notre droit positif considère encore cette distinction comme la *summa divisio*. L'obstacle qui interdisait de considérer le droit des associés comme tel était le caractère purement potestatif dont on l'assortissait. Mais si l'on considère que le titre de la compétence des actionnaires n'est plus le même lorsqu'ils décident de la vie sociale interne, si l'on songe qu'ils peuvent venir ès-qualité, de créanciers, alors tout change. Ce droit, devient au maximum *simplement potestatif*, mais il n'est pas impossible d'y voir une créance.

Bien plus, il nous est aisé d'expliquer le comportement de l'actionnaire

1. A l'appui de cette opinion, nous pouvons déjà avancer qu'elle est contenue dans certaines études anciennes. Comment pourrait-on expliquer par exemple qu'à propos de l'étude des droits propres de l'actionnaire, on ait cru devoir dissocier les droits inhérents à la qualité d'actionnaire de ceux inhérents à la qualité d'associé (v. H. LECHNER, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Nancy, 1932) si l'on ne pense pas qu'il peut y avoir deux choses bien distinctes, susceptibles de fournir chacune un titre de compétence différent ? La distinction faite par M. Noirel entre droits pécuniaires et droits à caractère non pécuniaire (*op. cit.*, n° 114 et s.) ne semble pas par contre recouvrer exactement notre proposition, notamment en ce que la protection du droit de vote est commune aux deux fonctions.

2. Précisons bien pour qu'il n'y ait aucune confusion ou doute possible, qu'il ne s'agit là que d'une définition provisoire, et qu'il conviendra d'étudier plus loin de manière approfondie les caractéristiques de ce passif.

3. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 105.

qui est radicalement différent selon qu'il touche à la vie externe de la Société, dont il se désintéresse, il faut l'avouer, totalement, alors qu'il suit avec beaucoup plus d'attention la vie interne même s'il néglige souvent d'y participer. Son comportement est plus celui d'un créancier que d'un entrepreneur. Cet élément psychologique ne peut être négligé.

On objectera aussi la difficulté de tracer avec précision la ligne de démarcation entre la vie externe et la vie interne. Les deux sont souvent si étroitement liées que cette dissociation risque d'être arbitraire. Il est certain par exemple qu'une augmentation de capital, ou une distribution de dividendes va intéresser les tiers puisque le patrimoine social qui est leur gage va se trouver gonflé ou diminué. Il n'en reste pas moins que la décision intéresse *principalement* les rapports de la Société avec ses membres, *indépendamment* des conséquences qu'elle peut avoir pour les tiers.

Enfin on ne manquera pas de relever que cette thèse reconnaît l'omnipotence de l'assemblée des actionnaires. Mais à cela on peut répondre en faisant remarquer que cette omnipotence ne peut s'étendre au-delà des limites de la loi intérieure, c'est-à-dire des statuts. Si l'assemblée méconnaît cette loi intérieure, ou si la majorité commet un abus de droit, les décisions prises pourront être annulées.

CHAPITRE II

DÉFINITION ET MODALITÉS DU PASSIF INTERNE

§ 1. — *Définition du passif interne*

24. Tout d'abord que faut-il inclure dans le terme de passif interne ? Nous avons dit qu'il s'agissait des dettes nées des relations de la vie intérieure de la personne morale. Mais encore ? Le contenu semble bien vague.

La question qui se pose est de savoir si les comptes de situation nette méritent ou non leur place dans les colonnes du passif.

Ceci donne un premier élément permettant de mieux saisir le contenu du passif interne : son total est égal à la situation nette, ou à l'actif net, ce qui revient au même.

Cette situation nette, si elle se chiffre par un total auquel on peut reconnaître un caractère abstrait, se décompose au bilan en une série de postes différents. Il est donc normal d'en tirer cette conclusion que le passif interne, bien que formant un tout représentant la totalité des droits des associés sur le patrimoine social, n'est pas homogène. Il va falloir opérer une distinction à l'intérieur même de ce passif, en fonction par exemple, de l'exigibilité plus ou moins proche de ces dettes, à l'image du passif externe où les dates d'échéance sont variables. Qu'il nous suffise de retenir que le passif interne comprend plusieurs catégories de dettes¹.

Plus délicate va être la détermination des titulaires de ces créances.

Un point est certain. Les titulaires principaux vont être les associés, donc dans l'hypothèse qui nous occupe, les actionnaires. Ils ont vocation, par essence, à cette créance puisqu'ils sont à la base même du contrat de Société, qu'ils ont mis leurs apports en commun (d'où une première créance pour leur reprise) en vue de réaliser des bénéfices (d'où une seconde série de créances).

1. A la limite on peut être en présence d'une seule créance des associés. Par exemple le jour de la constitution de la société, alors que l'actif social se confond encore avec le compte capital.

A côté de ces titulaires, nous allons en voir apparaître d'autres. Ce sera, en premier lieu, les administrateurs qui ayant une part prépondérante dans la vie sociale, s'en voient rémunérés par l'attribution de tantièmes sur les bénéfices. Il s'agit bien toujours ici des relations de la vie interne de la Société.

En second lieu, dans certaines sociétés seulement, nous verrons apparaître les porteurs de parts bénéficiaires ou de fondateur. On doit certes hésiter à leur reconnaître la qualité d'associés. Le législateur ne parle-t-il pas lui-même de « créance éventuelle » ? Mais cette créance ils la tiennent de la société elle-même qui leur a octroyé ce droit soit au moment de sa formation (parts de fondateurs) soit au cours de la vie sociale (parts bénéficiaires). De plus, elle est constatée dans le texte de la « loi intérieure » et il semble logique de les considérer comme participant à la vie interne.

Va-t-il en aller de même pour certains participants aux bénéfices ? Le personnel intéressé à la bonne marche de l'affaire, les titulaires d'obligations participantes peuvent-ils prétendre à une partie du passif interne ? Très rarement, nous aurons l'occasion de le voir. Pour eux d'ailleurs il s'agira d'une créance de passif externe, assortie de garanties bien supérieures.

Le passif interne apparaît ainsi comme *l'ensemble des dettes de la Société envers les actionnaires ou toutes autres personnes participant à la vie sociale interne, dettes dont le total est égal à la valeur de l'actif net.*

25. Cette créance des associés¹ ne doit pas être ramenée, avons nous dit, à une créance pour prêt de consommation, qui peut présenter de grandes analogies avec la société, mais ne se confond absolument pas avec elle.

Une preuve supplémentaire de l'impossibilité de cette assimilation réside dans la charge des risques. Aux termes de l'article 1893 du Code Civil en effet, la chose périt pour le débiteur, de quelque manière que cette perte arrive. Dans la société au contraire, la perte de l'apport ou des biens qui peuvent lui être substitués ultérieurement est supportée finalement par tous les associés, qui voient leur créance réduite en tout ou partie.

Pourquoi revenir sur cette question ? Essentiellement parce qu'une difficulté existe à propos d'un autre texte, ayant trait également au prêt de consommation et dont on s'est demandé s'il devrait ou non recevoir son application en notre matière. Nous voulons parler de l'article 1895 du Code Civil, bien connu dans notre droit comme posant le principe du nominalisme monétaire.

A priori, il peut sembler surprenant de voir soulever cette question. Le montant de la créance totale suivra en effet les fluctuations du patrimoine social. Il est commun de classer les actions en période de dévalorisation de l'étalon monétaire, parmi les « valeurs-refuges ». Les associés retrouveront au titre de boni de liquidation, la plus value qu'aura acquise leur capital. Le problème a néanmoins été soulevé, à propos de la révision des bilans. Il n'est pas nécessaire d'attendre ce moment, pour tirer une consé-

1. Nous entendons désormais par là les actionnaires ou toutes autres personnes participant à la vie sociale interne, la répétition de ces mots risquant de trop alourdir nos développements.

quence du caractère de dette qu'il convient de reconnaître au passif interne. La jurisprudence applique les dispositions de l'article 1895 à toutes les créances : il faut reconnaître que le *principe du nominalisme* vaut pour chacune des créances de passif interne, au fur et à mesure de leur inscription au bilan.

Sur ce point le passif interne suit donc les règles communes à toutes les dettes et créances. Il serait pourtant inexact de vouloir lui dénier un caractère original.

§ 2. — *Modalités du passif interne*

26. « Pour une Société par actions, il faut considérer que les bénéfices sont attribués à la *collectivité des actionnaires* et non à chaque actionnaire individuellement. C'est seulement par la décision de l'assemblée générale distribuant les bénéfices que chaque actionnaire devient créancier du dividende fixé »¹.

C'est là, énoncé à propos d'un poste particulier du passif interne, un principe qui nous apparaît comme caractéristique de son ensemble : *ce passif est collectif*. Principe qui permet de bien comprendre que lorsque les actionnaires assistent à une assemblée ou confient leur pouvoir à un mandataire pour les y représenter, aux fins de prendre des décisions de caractère interne, ils le font non comme possédant chacun une créance individuelle, mais comme membres d'une collectivité qui est seule titulaire de la créance. Il est nécessaire alors que l'assemblée exprime sa volonté ; cette volonté n'est pas celle de la Société, elle est celle d'une majorité juridiquement capable d'imposer sa décision à la Société.

Il convient également de tirer une autre conséquence du fait que la créance des associés est purement interne. Le patrimoine social est en effet le gage des créanciers externes. Ces derniers ne doivent donc avoir à subir aucune réduction du montant de leur créance du fait des associés. *Le dédoublement fonctionnel* est une explication des rapports internes de l'être social. Cette distinction ne doit pas être opposable à ceux qui sont à l'extérieur : tout acte même interne doit être considéré comme le fait de leur débiteur, de la Société.

La situation relative des associés et des créanciers sociaux n'est pas sans analogie avec une hypothèse en apparence assez différente : celle née de la faillite d'un commerçant. Il faut en effet distinguer très nettement créanciers dans la masse et créanciers de la masse. Malgré l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 janvier 1956², une partie de la doctrine continue de nier la personnalité juridique de la masse. La comparaison peut sembler peu topique, mais le rapprochement des deux situations s'impose. Les créanciers de la masse doivent être payés avant les autres créanciers ; ils se trouvent dans une situation légale privilégiée. De même les créanciers sociaux sont payés par priorité sur le patrimoine social. La nature même des choses exige qu'il en soit ainsi, et que le passif interne soit d'un rang inférieur au passif externe.

1. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 292. C'est nous qui soulignons.

2. Cass. com., 17 janv. 1956, D., 1956 ; J., 265 note Houin ; J.C.P., 1956.II.9601, note Granger.

De ces deux caractères, collectif et « inférieur » du passif interne vont découler un certain nombre de conséquences, quant à l'exigibilité de la créance, quant à sa liquidation, et enfin quant à l'émolument effectif des associés.

27. C'est au caractère collectif du passif interne que l'on doit rattacher les règles ayant trait à son exigibilité.

Ce passif est assorti d'une condition potestative. Cette condition potestative est une déclaration de volonté émanant, non de tous les ayants droit, mais de la catégorie la plus importante : les actionnaires.

Les porteurs de parts bénéficiaires ou les administrateurs sont impuissants à déclarer exigible la créance dont ils sont cotitulaires avec les actionnaires, ou même seuls titulaires. Ils ne dépendent pas de la bonne ou mauvaise volonté de leur débiteur, mais uniquement de celle d'une autre catégorie de créanciers internes. Si des conflits surgissent entre actionnaires d'une part, porteurs de parts ou administrateurs, de l'autre, il faudra se placer sur le plan de l'abus de droit pour les trancher¹.

S'agit-il par contre d'une créance dont les actionnaires sont seuls titulaires, c'est l'opinion de la majorité du groupe qui va l'emporter. Cette majorité est calculée en fonction non pas du nombre d'actionnaires, mais de l'importance de la quote-part de la créance collective à laquelle ils peuvent prétendre. Il peut arriver que la minorité refuse de s'incliner devant la décision de la majorité. Notre propos n'est pas d'aborder ici le problème général de la protection des minorités². Il suffit de retenir que la jurisprudence parle tantôt d'abus de majorité, tantôt d'abus de pouvoir (le terme excès de pouvoir semblerait plus justifié). On peut y voir la preuve du doute qui existe dans l'esprit des magistrats quant à la nature du droit des associés sur le patrimoine social. Dans la perspective retenue, il ne saurait y avoir excès de pouvoir, mais abus de son droit par la majorité.

L'analyse faite de ce droit en une série de créances collectives assorties d'une condition potestative, n'interdit nullement de prévoir des degrés dans la liberté laissée au groupe de retarder ou non l'exigibilité de l'une de ces créances, ni de prendre en considération l'intérêt de l'entreprise. Cet intérêt se confond avec celui de la société si l'on admet que c'est elle

1. Si l'on prétend, au contraire, faire dépendre l'exigibilité de la décision de la société, il faut reconnaître, nous l'avons déjà signalé, qu'il y a là une condition purement potestative. Il y a quelque *inelegantia juris* à vouloir ensuite attaquer un refus pour abus de droit, alors que le droit concurrent était lui-même inexistant. On pourrait certes reconnaître que dès lors que certaines conditions sont remplies, la Société est obligée de déclarer l'exigibilité. Ce n'est plus sur le terrain de l'abus de droit qu'il faudrait placer le litige, mais sur celui de l'excès de pouvoir. Cette solution ne serait d'ailleurs que très partiellement valable puisqu'elle n'engloberait pas l'hypothèse où au lieu d'un refus de déclaration d'exigibilité, il y aurait une anticipation de la date de l'exigibilité.

2. Ces questions ont fait l'objet d'études assez nombreuses depuis la thèse de M. David (Paris 1928) dont certaines récentes III^e journées de droit franco-latino-américain (1951). *Travaux de l'association Henri Capitant* (Journée de Berne, cf., *Travaux de l'Association H. Capitant*, Dalloz, 1959, p. 202 et s. et spécialement le rapport de M. Foyer p. 231 et s.). Nous ne pensons pas toutefois pouvoir souscrire totalement à l'affirmation que l'actionnaire est isolé en face de la Société. Il nous semble plus exact de dire qu'il est isolé à l'intérieur même du groupe, car le conflit n'a pas lieu entre l'actionnaire et la société mais entre l'actionnaire et les autres actionnaires, ce qui est très différent.

l'entrepreneur¹. Il s'oppose à celui des associés, qui comme tous créanciers sont en général pressés de recouvrer le montant de leur créance. Ceci n'est vrai qu'à court terme. A longue échéance au contraire nous ne sommes pas loin de penser que l'opposition disparaît. La prospérité de l'entreprise, entraînant normalement une augmentation des créances internes, est, par là même, favorable à l'intérêt de leurs titulaires. En sorte qu'il ne faut pas craindre d'affirmer que « l'intérêt social » qui est si fréquemment invoqué n'est le plus souvent qu'un paravent commode derrière lequel se retranchera la majorité pour résister aux prétentions de la minorité et lui imposer ses vues.

Quoi qu'il en soit de ces problèmes, il faut voir quelles vont être les conséquences du vote de l'assemblée des actionnaires décidant par exemple la distribution d'un dividende ou d'une somme prélevée sur les réserves. La réponse est simple : la créance va, à partir de ce moment, prendre le caractère d'une créance ordinaire, d'une créance de passif externe, même si la date exacte de l'échéance n'est pas fixée. Et de plus il se produit un fractionnement de la créance collective entre tous les ayants-droit, qui acquièrent un droit d'agir individuellement pour le recouvrement de leur créance². Jusque là, en effet, les associés ne pouvaient prétendre agir contre la Société, ils étaient liés par le caractère collectif du passif interne. La décision du groupe leur rend leur autonomie.

Un fait extérieur à la volonté des associés peut entraîner l'exigibilité de la créance : la faillite de la société. Il se produit alors une déchéance du terme qui s'applique aussi bien au passif interne qu'au passif externe. Il ne faut pas cependant en tirer la conclusion que les associés pourront produire à la faillite, car s'applique ici le correctif du caractère « inférieur » du passif interne, sur lequel nous reviendrons bientôt.

28. En même temps qu'elle stipule l'exigibilité de la créance, l'assemblée des actionnaires en fixe généralement le montant, ou si l'on préfère procède à sa liquidation.

Ceci n'est d'ailleurs vrai que pendant l'existence de la Société. Il ne suffit pas en effet de déclarer exigible une partie du passif interne, encore faut-il en fixer le quantum. Cette fixation sera faite à partir des indications données par le bilan, et arrêtera un chiffre global, lequel se fractionnera immédiatement en fonction du nombre d'action ou de parts de fondateur. Le porteur de ces titres sera ainsi titulaire d'une créance liquide et à échéance déterminée contre la Société.

Par contre, si les actionnaires décident de mettre fin à la société, la détermination du chiffre exact de la créance échappe à leur décision. Ce n'est plus une partie seulement, mais l'intégralité du passif interne qui devient exigible. Les indications du bilan ne sont plus d'aucune utilité. Il faut réaliser l'actif, acquitter le passif. La différence seule revient aux associés. Cela ne veut pas dire que les postes inscrits au bilan perdent toute

1. Si l'on partage l'opinion de M. Despax selon laquelle les entrepreneurs sont les actionnaires la situation nous semble plus complexe encore puisque nous trouvons en présence : l'intérêt de l'entreprise, celui de la Société, et celui des associés. La solution du problème ne peut qu'en être plus difficile.

2. Cf. *infra*, n° 48 et spécialement les décisions citées.

signification, mais simplement que la créance n'est pas cristallisée à son montant comptable. Ce montant n'a qu'une valeur provisoire. Il faut attendre la fin des opérations de liquidation pour arrêter définitivement la part de chaque catégorie d'ayants-droit.

Il en va de même lorsque la fin de l'être moral survient à la suite de sa faillite.

Mais il n'est plus possible de considérer qu'il y a transformation en passif externe sans faire intervenir le second caractère : le passif interne est de rang inférieur.

29. Le patrimoine social est le gage des créanciers externes. C'est en considération de ce patrimoine qu'ils ont traité avec la société, avec de plus l'assurance formelle qu'il ne serait pas réduit en dessous d'un chiffre minimum : le capital social.

Si les actionnaires passaient outre, la réduction serait inopposable aux créanciers.

L'existence d'un passif interne considérable, ne doit pas être un moyen indirect de réduire leur gage et encore moins leur encaissement final.

En cas de faillite, la règle est le concours de tous les créanciers, qui sont soumis à la loi du dividende. Plus le montant des productions est élevé, plus la part de chacun est faible. Admettre les associés à produire causerait donc un préjudice aux tiers. On ne peut leur reconnaître ce droit¹.

Ce n'est qu'après paiement de tous les créanciers, et s'il reste quelque chose que les associés pourront encaisser leur créance. Il faut bien dire leur créance et non une partie, puisque les mentions du bilan ne sont que provisoires, et qu'il est bien entendu que l'actif net représente seul leurs droits.

1. Nous ne parlons que pour mémoire d'un problème complexe qui resterait à résoudre : celui de la détermination du montant de la production. A la limite celle-ci devrait être égale à la différence entre l'actif net et le capital social. Or par hypothèse l'actif net est nul ! Il faudrait alors prendre en considération les montants figurant au bilan, ce qui ouvrirait la porte à toutes les fraudes. Ou ce qui permettrait parfois ce résultat extravagant de voir les tiers non intégralement payés, pendant que les associés appréhenderaient des sommes qui auraient suffi à dédommager les créanciers.

CHAPITRE III

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU PASSIF INTERNE

30. Le passif interne n'est pas un bloc monolithique, mais un ensemble de créances dont l'exigibilité est plus ou moins retardée et dont le tout représente une valeur égale à celle de l'actif net social, et forme les *capitaux propres de l'entreprise*.

A la création de la Société l'actif net se confond, le plus souvent, avec le capital social¹.

L'activité de la Société a pour conséquence première de modifier la consistance du patrimoine social, et partant de l'actif net. En admettant qu'au départ il y avait identité entre passif interne et capital social, cette identité ne peut durer.

Le but poursuivi par la fondation de la Société est la recherche de *bénéfices* que les associés se partageront. Une chose est certaine, dans la conception française du bénéfice : il faudra que la situation nette se soit accrue au-delà du capital pour qu'une répartition puisse avoir lieu entre les ayants-droit. A cette augmentation correspondra une créance de passif interne. De plus il est clair que les bénéfices, laissés dans l'entreprise à titre de réserves, ne sauraient avoir un caractère différent.

Ainsi réapparaît le *double aspect de la situation des comptes de passif interne*, qui est le critère permettant de les qualifier. D'une part il faut que la Société soit propriétaire de certains biens supplémentaires qui constituent pour elle un *actif*. Mais d'autre part elle doit être débitrice à l'égard des associés, au titre de créance interne, des capitaux ayant permis le financement de ces biens, et que ce soit pour elle un *passif*. Il importe de vérifier à propos de chaque poste susceptible d'être considéré comme faisant partie du passif interne, s'il y a bien augmentation de l'actif et également des capitaux propres dont la Société dispose.

1. Encore faut-il remarquer que cette coïncidence n'est pas obligatoire. D'abord parce que les frais de premier établissement constituent un actif « fictif ». Ensuite et surtout parce que certains biens peuvent être apportés à la Société sans que cet apport soit rémunéré par des actions. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'apporteur reçoit des parts de fondateur. La valeur du bien figure à l'actif, mais elle n'est pas comprise dans le capital social.

Chaque année la Société met de côté certaines sommes appelées amortissements et provisions qui lui permettront, dit-on, de reconstituer son actif, ou de tenir compte de certaines moins-values considérées comme probables. Ne peut-on considérer que les actionnaires ont des droits à faire valoir sur ces prélèvements ? En d'autres termes n'y a-t-il pas là une nouvelle variété de créances internes ? Jusqu'au plan comptable de 1947, ces comptes figuraient d'ailleurs traditionnellement au passif du bilan, à la suite du Capital et des réserves, quand on ne groupait pas sous une même rubrique, amortissements, provisions et réserves. Le fait même qu'il s'agisse de maintenir un *statu quo*, et non d'obtenir un accroissement de l'actif net, permet de pressentir que ces comptes doivent être exclus du passif interne.

La première section de ce chapitre permettra de justifier cette élimination des amortissements et des provisions du passif interne, la seconde section étant consacrée aux comptes : Capital, bénéfices et réserves.

SECTION I

ELIMINATION DES AMORTISSEMENTS ET DES PROVISIONS

31. On a souvent affirmé qu'il n'est pas possible de distribuer l'intégralité du bénéfice. Il convient de préciser que l'on veut alors parler du bénéfice dit d'exploitation, c'est-à-dire de celui qui ressort de la différence entre le prix de vente et le prix d'achat, compte tenu des frais généraux.

Sur le plan économique, la distribution intégrale du profit ainsi défini entraînerait une perte de substance de l'entreprise. Il faut donc prendre en considération l'usure des éléments immobilisés, et la nécessité de les remplacer à plus ou moins brève échéance.

Sur le plan juridique, cette nécessité de retenir une partie du bénéfice apparemment réalisé a été également très vite aperçue. Toute perte de valeur du capital économique a pour conséquence une perte de valeur du gage des créanciers sociaux. Ceux-ci se trouveraient donc n'avoir, au fur et à mesure de l'écoulement de la vie sociale, qu'un gage de plus en plus illusoire. En effet, sous couvert de distributions de dividendes, il serait possible aux associés d'amener la valeur réelle de l'actif net à un chiffre inférieur au capital. Le principe de fixité du capital social s'y oppose¹.

La portion du bénéfice qu'il faut ainsi soustraire à la répartition entre les divers ayants-droit doit compenser aussi bien la diminution de valeur qu'ont subie certains éléments de l'actif social, que l'augmentation pouvant résulter de certaines dettes (hypothèse plus rare, mais réelle, par exemple, pour les dettes libellées en monnaie étrangère, à la suite de dévaluation, ou encore pour les dettes indexées).

1. On peut noter que ces « prélèvements » ne s'expliquent qu'autant qu'on détermine le chiffre du bénéfice au moyen de la comptabilité par l'intermédiaire du compte de Pertes et Profits. Si au contraire on utilise l'inventaire social, il est tenu compte des moins-values intervenues dans l'évaluation de chacun des postes d'actif. Le chiffre du bénéfice ressort à son montant exact, sans qu'il soit nécessaire d'apporter d'autres corrections. Cf. au surplus n° 42.

Ces plus ou moins values ne présentent pas toujours les mêmes caractéristiques. Certaines sont acquises d'une manière que l'on peut juger définitive, d'autres sont plus aléatoires. Cette certitude plus ou moins grande est le critère généralement retenu pour classer les retenues à opérer sur les bénéfices : les amortissements et les provisions. C'est ainsi que l'on dit couramment que l'amortissement est la constatation d'une dépréciation subie, alors que les provisions constatent des dépréciations conditionnelles¹ ou encore que les amortissements regardent le passé, les provisions l'avenir.

Dès lors que l'on considère amortissements et provisions comme les bénéfices non distribués, mais conservés dans le patrimoine social, il est tentant de les assimiler à d'autres bénéfices qui connaissent le même sort et contribuent à la formation des réserves. Beaucoup ont commis cette confusion².

Un jugement du tribunal de Commerce de la Seine³ a semblé adopter ce point de vue, en décidant que « les amortissements que peut ou doit pratiquer annuellement toute Société se divisent en deux catégories bien tranchées : les uns qui sont obligatoires, spéciaux et ordinaires... les autres qui sont facultatifs, généraux et extraordinaires ». Les amortissements pourraient ainsi compenser par avance des dépréciations futures et « problématiques » du patrimoine social, par le maintien dans ce patrimoine de bénéfices normalement distribuables.

Certains ne voient en effet qu'une différence de détail dans le fait que ces prélèvements soient opérés tantôt sur les bénéfices nets, tantôt sur les bénéfices bruts. Les amortissements ne sont de toute manière que des réserves destinées en dernier ressort à pourvoir au remplacement du matériel usé ou démodé⁴.

La pratique, au demeurant de plus en plus rare, de certaines sociétés n'est pas faite pour clarifier les choses. Certains administrateurs ont l'habitude de soumettre à l'assemblée annuelle, un bilan dit « avant amortissements » et de proposer aux actionnaires un chiffre devant tenir compte des dépréciations intervenues dans l'actif social. Les administrateurs peuvent y trouver l'avantage de n'être pas suspecté d'avoir exagéré le montant des moins-values, puisqu'ils laissent à l'assemblée le soin d'en fixer le quantum. Mais on ne peut se défendre du sentiment que ces sommes ne sont qu'une partie du bénéfice laissé à la disposition de la société. L'actif social donne l'impression d'être accru, tandis que les actionnaires ont contre la Société un droit équivalent au montant des amortissements et des provisions.

Malgré les apparences ces comptes ne font pas partie du passif interne. Une étude moins sommaire permet de s'en assurer.

1. CORDONNIER, *Des pouvoirs de l'Assemblée générale ordinaire des actionnaires, en matière de constitution de réserves*, J. Soc., 1928, p. 65 et s.

2. THALLER lui-même a écrit qu'il fallait ranger l'amortissement parmi les fonds de réserve. Cf. *Ann. dr. com.*, 1895, p. 241 et s.

3. Trib. com., Seine, 3 juillet 1914 ; D., 1918, 2, 9, note Lacour.

4. VIAUX, *Des augmentations de capital en période d'inflation*, thèse Paris, 1944, p. 40.

§ 1. — Les amortissements

32. Le décret du 7 août 1958 définit l'amortissement comme la constatation comptable de la perte subie sur la valeur d'actif des immobilisations qui se déprécient avec le temps¹. Cette définition met l'accent sur l'origine de la perte de valeur : la dépréciation par le temps.

Il est bon de rappeler que cette perte provient de plusieurs éléments. L'*usure* du matériel résulte de son emploi. Elle n'est pas instantanée, mais progressive en fonction de la fréquence et de la longueur de l'emploi. Indépendamment de cette usure, le temps produit par lui-même des dégradations. A cet état de dégradation correspond la *vétusté*. Enfin le progrès de la technique industrielle et de la science se poursuivant avec le temps, de nouvelles inventions peuvent avoir cette conséquence que des machines presque neuves se trouvent démodées. Elles perdent instantanément le plus clair de leur valeur. Les économistes ont donné à ce phénomène le nom d'*obsolescence*.

Plus que la diminution de valeur d'un élément d'actif, l'amortissement en est la constatation. En ce sens il est possible d'affirmer que l'amortissement est passif et non actif². La dépréciation s'impose au rédacteur du bilan, qui ne peut que la constater. Sans doute cette constatation va-t-elle réagir sur le montant du bénéfice réalisé au cours de l'exercice. Sans doute peut-on considérer qu'il y a, par suite, une rétention indirecte de fonds dans l'entreprise. Ce résultat ne peut être évité.

33. La pratique des amortissements est, en effet, *obligatoire*. Elle est liée d'une part, à des sanctions pénales, d'autre part au principe de fixité du capital social.

Les sanctions pénales sont le délit de présentation de bilan inexact et celui de distribution de dividende fictif. Le chiffre du bénéfice est fourni par la différence entre l'actif et le passif en fin d'exercice³. Il est évident que tout gonflement artificiel de l'actif dégage un bénéfice fictif. Tel est le cas si l'on n'a pas pratiqué les amortissements normaux, l'actif ressortant à un montant supérieur à la réalité.

La démonstration du lien unissant l'obligation de l'amortissement et le principe de fixité du capital social est aisée⁴. Le capital d'une Société, C, représenté par une série de valeurs A, B, D, telles que l'on ait, par hypothèse l'égalité $C = A + B + D$, — si les éléments représentés par A, B et D sont sujets à dépérissement, lors de l'inventaire suivant, par suite de la dépréciation subie, ils ne pourront plus être portés en compte que pour A', B' et D' plus petites par hypothèse que A, B et D. L'égalité initiale sera rompue puisque C reste fixe. Pour la rétablir, puisque c'est sur elle que repose tout le crédit de la société par actions, il faudra conserver dans le patrimoine social des valeurs F telles que $C = A' + B' + D' + F$. Faute

1. Cette définition était déjà donnée par le décret du 29 juin 1948.

2. DALSACE, *op. cit.*, n° 231-03, p. 178.

3. Cf., *infra*, n° 44.

4. AMIAUD, *op. cit.*, n° 17 spécialement note 1, p. 27.

d'opérer cette retenue, les associés diminueraient la valeur de l'actif net, en le ramenant à un chiffre inférieur au capital. Mais il n'est pas possible de prétendre que ces sommes F doivent provenir de prélèvements sur les produits bénéficiaires. A concurrence des sommes F il n'y a pas de bénéfice. Les sommes conservées dans le patrimoine social ne sont pas soustraites des bénéfices. Elles n'en ont jamais fait partie.

34. Une autre preuve est que les amortissements se calculent indépendamment des résultats d'exploitation.

La logique voudrait que chaque année on se livre aux appréciations nécessaires pour chaque élément d'actif individuellement. Un tel procédé souleverait de nombreuses difficultés. L'usure étant plus ou moins rapide, plus ou moins évidente, est en particulier peu facile à chiffrer avec précision. Au surplus la liberté laissée aux administrateurs de fixer le quantum de la dépréciation risquerait de rendre possibles certaines fraudes, étant donné le caractère illusoire du contrôle des actionnaires.

Pour ces diverses raisons, la pratique a jugé préférable d'adopter des méthodes forfaitaires d'amortissement, que l'on appelle aussi amortissement mécanique. Cet amortissement peut être constant, croissant ou décroissant. On ne saurait passer sous silence le fait que les amortissements venant « en déduction » des bénéfices, les agents du fisc ne les admettent que selon des modalités et à des taux, considérés par eux comme normaux. La plupart des sociétés suivent cet usage afin de ne pas être taxées sur des amortissements jugés trop importants par l'administration.

L'amortissement le plus fréquent est celui dit constant ou linéaire. Il consiste à amortir par annuités égales dont le taux est obtenu en divisant la somme à amortir par le nombre d'années choisi comme délai d'amortissement¹. Un bien d'une valeur de 5.000 NF, à amortir en cinq ans le sera chaque année de 1.000 NF².

L'amortissement croissant voit son taux s'élever chaque année suivant une progression mathématique constante, calculée de façon telle qu'à l'expiration du délai la valeur du bien soit ramenée à zéro. Dans l'exemple ci-dessus on aura, par exemple, des annuités de 500, 750, 1.000, 1.250 et 1.500 NF. L'avantage de ce procédé est de mieux tenir compte de la réalité lorsque la dépréciation est progressive. En outre, l'allègement des charges des premiers exercices facilite la distribution de dividende dès le début de la vie sociale. En revanche, les derniers exercices déjà obérés par des amortissements très lourds risquent d'être déficitaires par suite de l'augmentation des frais d'entretien.

A l'inverse l'amortissement dégressif ou décroissant diminue chaque année, de manière que l'évaluation des biens soit nulle à la fin de la période d'utilisation. Un décret du 9 mai 1960 est venu réglementer cet amortissement dégressif. Seules certaines immobilisations acquises ou fabriquées à compter du 1^{er} janvier 1960 sont susceptibles de bénéficier de ce régime (Art. 1). La première annuité d'amortissement se calcule en multipliant le taux linéaire normal par un coefficient variable : 1,5 si la durée totale

1. THALLER, *op. cit.*, p. 243.

2. Signalons que l'administration admet comme normaux les taux de 2 à 5 % pour les immeubles, 10 % pour le mobilier et le matériel, 20 à 25 % pour le matériel roulant.

d'amortissement est de 3 ou 4 ans, 2 si elle est de 5 ou 6 ans, 2,5 au delà. Les annuités suivantes se calculent en appliquant le taux déterminé pour la première annuité, à la valeur résiduelle du bien. Toutefois lorsque cette somme est inférieure au quotient de la valeur résiduelle par le nombre d'années restant à courir ; c'est ce quotient qui fournit le montant de l'annuité à appliquer. Dans l'exemple choisi, le taux linéaire étant de 20%, la durée d'utilisation de 5 ans, la première annuité se calculera au taux de 40% soit 2.000 NF. La valeur résiduelle est alors de 3.000 NF. La seconde annuité sera de 40% de cette somme soit 1.200 NF. La nouvelle valeur résiduelle ressort à 5.000 NF — (2.000 NF + 1.200 NF) = 1.800 NF. La troisième annuité soit $1.800 \text{ NF} \times 40\% = 720 \text{ NF}$ est encore supérieure au quotient $1.800 \text{ NF} : 3 = 600 \text{ NF}$. La valeur de base pour le calcul de la quatrième annuité étant de 1.080 NF, 40% de cette somme soit 432 NF est inférieur à $1.080 \text{ NF} : 2 = 540 \text{ NF}$. Ce chiffre sera retenu pour les deux dernières annuités.

La variété des procédés d'amortissement permet de trouver une solution satisfaisante pour chaque cas. L'adoption de méthodes de constatation des dépréciations ne peut cependant être remise en cause chaque année¹.

§ 2. — *Les provisions*

35. Le décret du 7 août 1958 distingue deux sortes de provisions, celles pour dépréciation et celles pour risques.

Les provisions pour dépréciation résultent de l'évaluation comptable des moins values qu'il est raisonnable d'envisager sur les éléments d'actif non amortissables. Ces provisions apparaissent ainsi comme une variété d'amortissement réservée aux biens autres que les immobilisations, ou à celles de ces dernières qui ne se déprécient normalement pas avec le temps (terrain — fonds de commerce entre autres). Ces provisions semblent pourtant se distinguer de l'amortissement par le degré de certitude de la dépréciation. Au vrai, il n'y a pas certitude dans un cas ni dans l'autre². Il n'y en a, en matière d'évaluation que lorsque l'aliénation est réalisée ; à toute autre époque, elle n'est qu'estimée, c'est-à-dire probable.

Le plan comptable de 1957 donne d'ailleurs à cette assimilation de fait, une manifestation extérieure révélatrice. Le montant des provisions pour dépréciation vient directement en déduction des valeurs d'actif correspondantes, exactement de la même façon que les amortissements sont déduits des immobilisations dépréciées.

Les provisions pour dépréciation sont elles-mêmes divisées en plusieurs comptes. Les provisions pour créances douteuses ont pour objet de ramener la valeur figurant au bilan des créances dont le recouvrement est incertain au chiffre de l'encaissement probable. Les provisions pour dépréciation des valeurs d'exploitation sont destinées à tenir compte de la baisse de certains cours depuis l'acquisition ou la fabrication de ces biens

1. Le changement intervenu dans le choix des procédés mécaniques d'amortissement rentre dans le cadre des modifications des méthodes d'évaluation visées par l'article 35 de la loi de 1867.

2. DALSACE, *op. cit.*, n° 240-01, p. 229.

par l'entreprise. L'évaluation au prix de revient serait exagérée; les provisions ramènent cette évaluation à son juste niveau¹. Les provisions pour dépréciation du portefeuille ont un régime identique.

36. Les provisions pour risques correspondent à des pertes ou à des charges prévisibles à la clôture de l'exercice, nettement précisées quant à leur nature, mais comportant un élément d'incertitude quant à leur montant ou à leur réalisation.

Les provisions pour risques sont situées dans le Plan comptable de 1957 parmi les provisions pour pertes et charges. Le rapprochement serait à faire avec les comptes de frais à payer. Lorsque la dette ou la charge est d'existence certaine ou d'un montant déterminé elle a sa place dans les dépenses à payer. Si au contraire l'existence est incertaine ou le montant indéterminé, elle a sa place dans les provisions. Dans les deux cas, le principe de sincérité du bilan exige que la dette ou charge y figure.

37. Le domaine exact des provisions est délicat à délimiter; on ne peut atteindre la précision que l'on aimerait trouver.

A cause de cette imprécision, on pourrait être tenté de nier aux provisions le caractère obligatoire reconnu aux amortissements. Ce serait une grave erreur. Les provisions, à quelque catégorie qu'elles appartiennent, ont la même raison d'être que les amortissements: assurer la sincérité du bilan et partant la réalité du bénéfice réalisé par la Société. La difficulté que l'on rencontre, de savoir quand il y a lieu de les constituer et ensuite de procéder à leur évaluation ne peut réagir sur le principe même de leur existence obligatoire.

§ 3. — *Raisons de l'élimination des amortissements et des provisions*

38. La définition du passif interne fournit le critère permettant de décider si un compte en est ou non un élément constitutif: il doit enregistrer un accroissement de la situation nette, et correspondre à des capitaux laissés à la disposition de la Société par les associés.

Avec les amortissements et les provisions il ne se passe rien de tel.

L'actif net, financé par l'ensemble des capitaux propres, est représenté par un ensemble d'éléments indéterminés dont la valeur totale est seule connue.

Certains de ces éléments perdant de leur valeur, *il faut* que des biens nouveaux entrent dans le patrimoine social pour tenir la place en valeur de la partie disparue des immobilisations. Il se produit en quelque sorte une subrogation réelle en valeur, de manière que le chiffre de l'actif net demeure inchangé. Les amortissements et les provisions permettent de

1. Il est intéressant de noter un emploi curieux de ces provisions. Certaines sociétés procèdent à l'évaluation de leur stock au prix courant même si celui-ci est supérieur au prix de revient. Une provision égale à la différence entre ces deux sommes est constituée. Les administrateurs de ces sociétés évitent ainsi d'être suspectés d'avoir voulu distribuer des dividendes fictifs. Cet emploi de la technique des provisions n'en dénature pas moins le sens. Il s'agit de rendre des plus values potentielles indisponibles et non de tenir compte d'une dépréciation.

réaliser cette subrogation. Ils ne correspondent à aucun enrichissement de la Société, mais se limitent à éviter un appauvrissement¹.

Si l'on envisage l'aspect passif de l'opération, on arrive aux mêmes résultats.

A supposer que l'on soutienne que les amortissements et les provisions sont des comptes de passif interne, que se passerait-il ? Les capitaux supplémentaires soi-disant maintenus financeraient les nouveaux biens. La Société étant mise en liquidation, les associés récupéreraient sur le prix de vente de ces biens les capitaux complémentaires. En tout état de cause ils ne recevront pourtant qu'une somme égale à la valeur de l'actif net ; en particulier le prix de vente des biens plus anciens ne permettra pas de restituer les capitaux initialement fournis pour leur acquisition. On arrive à cette conclusion que les capitaux préexistants financeraient quelque chose qui n'existait pas... Une telle solution est inadmissible et prouve par l'absurde l'erreur de raisonnement. Ce sont les prétendus capitaux supplémentaires correspondant aux amortissements et aux provisions, qui ne finançaient rien, pour cette excellente raison qu'il n'y avait pas de capitaux supplémentaires.

Ainsi de quelque manière que l'on envisage le problème, il faut exclure les amortissements et les provisions du passif interne².

SECTION II

INTÉGRATION DU CAPITAL, DES BÉNÉFICES ET DES RÉSERVES

§ 1. — *Le capital*

39. Economiquement, le capital d'une Société est l'élément de base du financement de l'entreprise qu'elle exploite. Juridiquement, ce capital possède des caractéristiques remarquables qu'il convient de rappeler.

De prime abord, la définition du capital d'une société par actions paraît une chose fort simple. Dès qu'on cherche à en préciser le contenu, on s'aperçoit pourtant qu'il n'est pas si facile de trouver une réponse satisfaisante. Pour s'en persuader il suffirait d'opérer le recensement de toutes les définitions qui ont pu en être données ; il en existe des dizaines toutes différentes.

La plupart se réfèrent au montant des apports faits par les associés. C'est ainsi, par exemple, que M. Batardon écrit que les actionnaires seront crédités du montant de l'apport versé ou promis, et que le compte capital

1. Supposons une Société dont l'actif se composerait ainsi : Matériel 10.000 NF moins amortissements 1.000 NF. — Marchandises 5.000 NF ; le passif comprenant un poste unique Capital 14.000 NF. Si l'on ne portait pas au bilan le montant de la moins value que constitue l'amortissement, mais la valeur actuelle du matériel 9.000 NF, le bilan serait en fait aussi exact. La tentation de considérer l'amortissement comme un compte de situation nette disparaîtrait.

2. Il convient, bien entendu de noter que dans certains cas, des comptes d'amortissements ou de provision peuvent avoir au moins partiellement le caractère du passif interne. Mais c'est qu'ils excèdent alors le montant réel des dépréciations et que leur dénomination est fautive.

qui les représente apparaîtra au passif¹. Le capital, a-t-on encore dit, représente les sommes qu'une ou plusieurs personnes engagent dans une entreprise. Ces sommes peuvent être représentées par des apports en espèces ou en nature, mais même alors leur contre-valeur en francs doit figurer au passif du bilan². Pour terminer, on peut rappeler l'opinion de Wahl qui avait admis que le capital est formé des apports des associés, en s'appuyant sur les articles 1, 4, 17, 29 et 31 de la loi du 24 juillet 1867³.

Toutes ces définitions encourent un reproche commun ; elles ne sont pas rigoureusement exactes en toute hypothèse. En dehors du cas d'apports rémunérés par des parts de fondateur⁴, on doit signaler celui des apports faits avec une prime, — prime dite d'émission pour les apports en espèces, primes d'apport ou de fusion pour les apports en nature.

La difficulté a été bien vue par le Conseil National Supérieur de la Comptabilité. Alors que le plan comptable de 1947 disait que « le capital est la valeur d'origine des éléments mis à la disposition de l'entreprise par le propriétaire ou les associés sous forme d'apport en espèces ou en nature », le plan de 1957 a modifié cette définition : « Le capital, précise-t-il, représente la valeur nominale des actions ou parts sociales ».

Il est intéressant d'en rapprocher l'opinion de la Cour de Cassation. Selon elle, le Capital social est la somme définitivement inscrite aux statuts et portée à la connaissance des tiers par les actes de publication de la société. Cette somme forme le gage des créanciers et ainsi vis-à-vis d'eux comme en soi, le capital social, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 est le montant des actions souscrites⁵.

Pour nous, le capital est la fraction statutaire du passif interne égale au total nominal des actions⁶.

40. La célèbre définition de Thaller⁷ met en relief *l'aspect actif du Capital* et permet de vérifier le premier critère de son appartenance au passif interne.

« Le capital est une ligne d'arrêt toute idéale, tracée dans l'actif, sans identifier de valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports. Dans l'intérieur de ce cercle, la Société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible au regard des créanciers ; tout ce qui déborde ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire la redistribution ».

S'agissant pour la Société de biens dont elle est devenue propriétaire, le capital est pour elle un actif. Par là on rejoint le point de vue de

1. BATARDON, *Traité pratique de droit commercial*, p. 234.

2. LAIR, *op. cit.*, p. 51.

3. A. WAHL, « Etude sur l'augmentation du capital dans les Sociétés anonymes et les Sociétés en commandite par actions », *Ann. dr. com.*, 1893, p. 86.

4. Ce qui permet d'écarter les définitions insistant sur le fait que le capital sert de base aux opérations sociales. Cf. MACK, *Rev. soc.*, 1905, p. 105.

5. Cass. civ., 13 novembre 1907, *J. soc.*, 1908, p. 345. Il faut remarquer, en premier lieu, que le terme « souscrites » est trop limitatif, car il existe des hypothèses dans lesquelles il est créé des actions en dehors de toute souscription, — et en second lieu qu'il s'agit du montant nominal.

6. Comp. : DALSACE, *op. cit.*, 411-03, p. 310.

7. THALLER, « De l'augmentation de capital par transformations en actions, soit du passif, soit des réserves de la Société », *Ann. dr. com.*, 1907, p. 177 et s.

M. Amiaud, pour qui le capital social constitue essentiellement un actif. Cette vérité ne doit pas être perdue de vue, sans quoi il n'est pas possible d'expliquer que le capital soit le gage des créanciers sociaux.

Mais tout aussitôt apparaît le correctif indispensable : le caractère abstrait du Capital. L'actif forme un tout. On peut y tracer un premier cercle englobant des valeurs correspondant au passif externe. Le second cercle enferme le surplus, c'est-à-dire l'actif net. A l'intérieur de ce second cercle de nouveaux compartimentages sont possibles, correspondant respectivement aux diverses créances de passif interne. Mais il s'agit d'une représentation purement figurative, portant sur des chiffres et non d'une représentation matérielle portant sur des biens précis. Le phénomène est particulièrement sensible lorsque les apports ont consisté en numéraire investi ensuite dans un stock grossi à l'aide du crédit extérieur de l'entreprise. On ne peut sans arbitraire, dissocier à l'intérieur des marchandises, celles représentant le capital, et celles servant à couvrir le passif externe. Mais cela est aussi vrai lorsqu'il y a eu des apports en nature. Tel immeuble apporté à la constitution, et destiné à demeurer dans le patrimoine social, ne peut pour autant être considéré comme représentatif du Capital social.

Certains auteurs se refusent pourtant à admettre que le capital puisse avoir ce caractère actif. C'est ainsi que Wahl tire argument du fait que le capital sert de gage aux créanciers sociaux pour affirmer que loin de constituer la propriété de la Société, le compte correspondant est une dette à l'égard de ces créanciers¹. Une telle affirmation contient en elle-même une contradiction qui empêche de l'accepter comme valable.

41. En revanche, on ne peut sérieusement contredire ce même auteur, lorsque pour renforcer son affirmation que le Capital est un passif, il argue de ce que la Société est obligée de restituer aux actionnaires le montant du capital à la dissolution dans la mesure où il n'a pas été absorbé par les créanciers externes. Ainsi apparaît *l'aspect passif du Capital*. Sa vérification est nécessaire pour reconnaître à ce compte sa place dans le passif interne.

Sur ce point on reprendra sans doute un certain nombre d'objections formulées précédemment et on ne manquera pas d'opposer de plus les termes d'un arrêt de la Cour de Cassation du 15 juin 1926². La Cour suprême s'exprime ainsi : « Attendu que les biens d'une Société, tant qu'elle existe sont la propriété de la société seule et non la propriété des actionnaires ; que ceux-ci n'ont pas d'ailleurs, tant que la Société existe et tant qu'ils continuent d'en faire partie, de créance actuelle et exigible à faire valoir contre elle, à raison de leur part dans le capital social ».

On ne saurait certes prétendre qu'il y ait une créance exigible actuellement ; mais cela n'autorise pas à penser que les modalités régissant cette exigibilité soient incompatibles avec l'existence actuelle d'une créance³.

1. WAHL, Note sous Cass. req., 6 janvier 1903, S., 1905.1.449.

2. Cass., 15 juin 1926, *Gaz. Soc.*, 1926, p. 478.

3. Il n'est pas question de reprendre ici le débat général sur l'existence du passif interne. Mais il est intéressant de noter un certain nombre de prises de position allant dans un sens voisin de la nôtre, et qui n'avaient pas été citées précédemment, pour essayer de clarifier le débat dans toute la mesure du possible.

C'est ainsi que Lyon-Caen et Renault distinguent les sociétés ayant la personnalité

L'échéance normale est le terme de la Société. La possibilité de prorogation ou de dissolution anticipée de la Société laisse néanmoins aux actionnaires une certaine latitude quant à la date d'exigibilité effective de leur créance. On notera enfin que cette date peut être fixée indépendamment de la volonté des associés, au cas de faillite de la Société. La échéance du terme qui est alors générale, s'applique généralement à la créance du passif interne que constitue le capital.

Après réalisation de l'actif et règlement du passif externe, on connaît la somme revenant aux associés. Si cette somme est supérieure au capital, les actionnaires touchent l'intégralité de leur créance correspondante. Le surplus n'est pas distribué à titre de remboursement de ce capital, mais forme le boni de liquidation à la distribution duquel des ayants-droit autres que les actionnaires peuvent participer. Si au contraire l'actif net se révèle inférieur au capital les actionnaires ne touchent qu'une partie de leur créance, suivant la loi du concours, au marc le franc¹. Dans l'un ou l'autre cas, la liquidation de la créance est indépendante de la volonté des associés.

42. Dans les hypothèses précédentes, le doute est permis, sinon quant à l'existence d'une créance, du moins, quant à son caractère actuel. Il ne l'est plus, si les actionnaires peuvent déclarer cette créance exigible sans pour autant mettre fin à la Société. Or les actionnaires ont effectivement un tel pouvoir.

Le principe de fixité du capital social semble pourtant aller à l'encontre de ce pouvoir, puisqu'il interdit aux actionnaires de réduire volontairement le montant des capitaux dont ils ont fait apport à la Société et qu'ils se sont engagés à maintenir dans son patrimoine pour servir de gage aux créanciers sociaux. Ce principe, né d'une pratique d'administrateurs soucieux d'assurer l'avenir de leurs sociétés, a été rapidement transformé par la jurisprudence en une véritable règle coutumière, assortie de sanctions².

A la vérité, il convient de nuancer quelque peu la formulation de cette règle. Tel qu'il est conçu et appliqué par les Tribunaux, le principe de fixité du capital s'oppose seulement à tout transfert du patrimoine social dans le patrimoine des associés qui entraînerait une chute de l'actif net au-

juridique et celles ne l'ayant pas. Pour les premières, dont les sociétés par actions, ils déclarent que la part d'associé constitue un droit de créance (*Traité de droit commercial*, t. II, nos 143-144). M. Copper-Royer considère que l'action ne peut s'envisager que comme une créance sur l'être moral que constitue la Société (*Traité des Sociétés*, t. I, p. 304). Notre problème est d'ailleurs moins large puisqu'il se limite aux droits patrimoniaux conférés par la propriété de l'action. — M. Batardon n'hésite pas à se ranger parmi les auteurs considérant que le Capital est une créance. Il reconnaît que cette créance toute particulière n'est exigible qu'après la liquidation ; mais ce n'est là qu'une conséquence du contrat de Société. Il y a bien un risque couru par les actionnaires, celui de ne recouvrer qu'une partie seulement de leur apport, mais c'est une autre conséquence du contrat de Société (*Traité pratique des Sociétés commerciales*, p. 236 et s.). Adde : THIELLAND, *op. cit.*, n° 114 ; LAIR, *op. cit.*, p. 53.

1. Nous admettons ici, par mesure de simplification, qu'il n'existe pas d'actions de priorité donnant un droit préférentiel au remboursement du capital à la dissolution. Les solutions ne seraient d'ailleurs qu'à ajuster, en faisant application à l'espèce des règles de paiement après ouverture d'un ordre.

2. AMIAUD, *op. cit.*, n° 3, p. 5 ; PLAISANT, « Le principe de fixité du capital social et la notion de bénéfice », *J. Soc.*, 1946, p. 33 et s.

dessous du Capital social¹. Cette règle est imposée essentiellement pour la garantie des tiers.

Aussi convient-il de distinguer plusieurs cas.

1° Il est absolument certain que le principe de fixité du capital ne s'oppose pas à une répartition de l'actif social entre les associés, dès lors que l'actif net reste supérieur au montant du Capital social. Spécialement rien ne s'oppose à ce qu'une telle répartition soit faite à titre de remboursement du capital. Cette opération est d'ailleurs bien connue sous le nom d'amortissement financier. Vis-à-vis des tiers, il faut et il suffit que leur gage c'est-à-dire le patrimoine social net conserve une valeur au moins égale au capital. L'origine des capitaux correspondants leur importe peu. C'est une question purement interne et n'intéressant que les rapports sociétés — associés que de savoir si ces capitaux proviennent du Capital ou de tout autre compte de passif interne.

L'amortissement du capital apparaît bien alors comme son remboursement consécutif à l'exigibilité décidée par les actionnaires. Nul ne conteste qu'à la dissolution de la Société, les actionnaires ne peuvent plus prétendre toucher le montant nominal de leurs actions. Le produit de la liquidation est un boni, à partager entre tous les ayants-droit, y compris éventuellement les porteurs de parts de fondateur.

2° Le principe de fixité du capital paraît, en revanche, interdire une distribution faite à titre de remboursement du capital qui entamerait l'actif net pour le porter à un chiffre inférieur à celui de ce capital. L'opération, si elle est néanmoins réalisée, doit s'accompagner d'une réduction du montant du capital social, pour le mettre en harmonie avec le nouveau chiffre de l'actif net. Mais dans cette hypothèse, les créanciers antérieurs à l'opération ont seulement le droit de faire déclarer cette réduction inopposable à leur égard. *A contrario*, il en résulte que dans les rapports internes, Société — actionnaires, le remboursement du capital conserve son plein effet. Ainsi, les actionnaires possèdent avec le capital, une créance dont ils peuvent décider l'exigibilité avant même la dissolution de la Société². Son caractère actuel est certain.

Le caractère passif du capital se vérifie donc : par là ce compte doit être considéré comme l'un des éléments constitutifs du passif interne.

§ 2. — Bénéfices

43. La définition que donne l'article 1832 du Code Civil du contrat de Société donne à penser qu'à côté du capital, se trouve une seconde catégorie de comptes de passif interne : ceux qui enregistrent les bénéfices. Le bénéfice net réalisé au cours de chaque exercice doit normalement être réparti entre les associés.

Deux textes définissent le bénéfice net.

1. Cf. MOREAU, *La Société Anonyme*, n° 24.

2. Pour être complet, il faudrait signaler, bien qu'elle soit marginale, l'hypothèse où la distribution du capital se fait de manière indirecte et occulte, sous forme d'une distribution de dividendes fictifs. En fait, il est extrêmement rare que les actionnaires aient alors l'intention de déclarer exigible le capital. Si toutefois, il en était ainsi, l'action en répétition ouverte aux créanciers sociaux, — la mauvaise foi étant suffisamment prouvée par le but poursuivi, — renforcerait l'inopposabilité de l'opération.

Le premier est l'article 38 du Code Général des Impôts, aux termes duquel « le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net, à l'ouverture et à la clôture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt, diminuées des suppléments d'apports et augmentées des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiées ».

Le second est l'alinéa 5 de l'article 11 de la loi du 4 mars 1943 (modifié par le décret du 30 septembre 1953), qui précise que « les bénéfices nets s'entendent des produits nets de l'exercice, déduction faite des frais généraux et autres charges sociales, ainsi que de tous amortissements de l'actif social et de toutes provisions pour risques commerciaux et industriels ». Les statuts contiennent généralement une définition assez voisine. La stipulation la plus fréquente est en effet la suivante : « Les produits de la Société constatés par l'inventaire social, déduction faite des frais généraux et des charges sociales, de tous amortissements de l'actif et de toutes provisions pour risques constituent les bénéfices nets... ».

44. Autant que de définitions, il s'agit d'indications sur les deux moyens que l'on peut utiliser pour parvenir à la détermination du chiffre du bénéfice : l'inventaire et la comptabilité.

L'inventaire donne en effet le montant de l'actif net de l'entreprise en fin d'exercice. Si cet actif net s'est accru on peut considérer que l'exploitation a été bénéficiaire, compte tenu bien entendu des apports nouveaux ou des retraits effectués par les associés. Ce mode de détermination donne seul une définition valable du bénéfice en l'état de notre droit, qui fait de l'inventaire et de son résumé, le bilan, la pièce maîtresse de la comptabilité et de la vie juridique interne des sociétés¹.

Le bénéfice ainsi calculé est égal à la différence entre l'actif et le passif du bilan de fin d'exercice. La démonstration en est simple. Des connaissances mathématiques élémentaires suffisent pour en rapporter la preuve.

L'actif net (AN) d'une société est égal à son actif brut (A)² diminué du passif externe (PE). Il correspond au surplus du passif, le passif interne (PI).

On a l'égalité déjà rencontrée :

$$AN = A - PE = PI$$

Si l'on donne l'indice 0 aux chiffres de début d'exercice, et l'indice 1 aux chiffres de fin d'exercice, on a la double égalité :

$$\begin{aligned} AN_0 &= A_0 - PE_0 = PI_0 \\ AN_1 &= A_1 - PE_1 = PI_1 \end{aligned}$$

1. Comp. : la définition du bénéfice net donnée par DALSACE, *op. cit.*, n° 110-14.

2. Etant entendu qu'il n'y a pas lieu d'inclure dans ce chiffre un report à nouveau déficitaire.

D'où par soustraction de la première égalité de la seconde :

$$AN1 - AN0 = A1 - PE1 - (A0 - PE0) = A1 - PE1 - P10$$

Or la différence entre l'actif net final et l'actif net initial correspond au bénéfice (B) réalisé au cours de l'exercice, compte tenu éventuellement des apports faits à la Société ou des prélèvements opérés au profit de certains ayants-droit, c'est-à-dire compte tenu des variations du passif interne (ΔPI).

Donc :

$$AN1 - AN0 = B \pm \Delta PI = A1 - PE1 - P10$$

$$B = A1 - PE1 - P10 \pm \Delta PI$$

Par hypothèse le passif interne final est égal à celui initial augmenté ou diminué de ΔPI , c'est-à-dire que

$$P10 \pm \Delta PI = P11$$

$$\text{D'où : } B = A1 - PE1 - P11 = A1 - (PE1 + P11) \text{ Par hypothèse } PE1 + P11 = P1$$

Donc :

$B = A1 - P1$

Le chiffre du bénéfice est donc bien égal à la différence entre l'actif et le passif de fin d'exercice.

Il est également possible de parvenir à ce résultat par l'intermédiaire de la comptabilité, au moyen des comptes dits d'exploitation et de pertes et profits. Dans ces comptes figurent au crédit les produits (c'est-à-dire tous les faits afférents à un exercice qui tendent à accroître les bénéfices ou à diminuer les pertes) tandis que l'on inscrit au débit les charges (c'est-à-dire les faits inverses des précédents). Le résultat obtenu ne peut être différent de celui que donne le bilan, mais son établissement est plus complexe et n'est pas indépendant de l'inventaire, puisqu'il doit tenir compte obligatoirement des corrections qu'il a révélées indispensables.

45. Le bénéfice se chiffrant par différence entre l'actif et le passif, il est clair que toute surévaluation du premier, ou toute minoration du second a pour résultat de faire apparaître des profits supérieurs à la réalité et donc fictifs, en tout ou en partie. Pour combattre cette fraude, le législateur a, dès 1863, érigé en délit la distribution de tels dividendes fictifs.

Il n'entre pas dans l'objet de cette étude de reprendre l'analyse complète de la notion de dividende fictif¹. Du moins convient-il de noter la tendance des Tribunaux à rattacher le dividende fictif non plus au prin-

1. Sur cette question, voir notamment : H. BLAISE, « La notion de dividende fictif, » in *Le droit pénal spécial des Sociétés anonymes*. Etudes sous la direction de J. Hamel, p. 276 et s. ; NOIREL, *La Société anonyme devant la jurisprudence moderne*, n° 136 et s.

cipe de fixité du capital, mais à celui d'indépendance des exercices¹. Il faut en outre rappeler que le premier élément constitutif du délit est l'établissement d'un inventaire inexact. L'exactitude matérielle des relevés offre peu de difficultés. En revanche, l'évaluation des divers biens, créances et dettes figurant au bilan est la source principale des fraudes. Il suffit de retenir que seule est licite l'évaluation au prix de revient ; et encore ne s'agit-il que d'un maximum. Tout fait pouvant entraîner une diminution de la valeur réelle en-dessous de ce chiffre devant être compensé par le jeu des amortissements et des provisions.

Le bénéfice, tel que nous l'envisageons ici, doit être supposé ressortir d'un bilan établi conformément à ces normes.

46. Ceci précisé, il faut envisager le double aspect actif et passif et passif des comptes de résultats.

L'aspect actif de l'analyse ne soulève guère de difficultés. Il résulte aussi bien de la définition du bénéfice (accroissement de l'actif net social) que de son mode de détermination. Il va de soi qu'il n'y a de bénéfice que si la différence actif moins passif est positive, c'est-à-dire si l'actif est supérieur au passif. Il est donc évident que le bénéfice est bien une partie de l'actif.

Il convient de souligner que les bénéfices ont le même caractère abstrait que le capital social. Pour reprendre l'image de Thaller, c'est une ligne idéale tracée dans l'actif. C'est un cercle trouvant sa place, à côté de celui du capital, dans celui plus vaste englobant l'actif net dans son ensemble. Ainsi les bénéfices ne sont représentés par aucun bien en particulier. Tout spécialement il faut s'élever contre l'idée encore trop fréquente que les profits se trouvent en espèces dans les caisses sociales. C'est une vérité élémentaire à ne pas oublier notamment lors de l'étude de l'emploi à faire des bénéfices et même de l'obligation de les répartir.

47. Car, et c'est là l'aspect passif des bénéfices, la Société en est débitrice. Les ayants-droit possèdent contre elle une créance de passif interne.

Ce droit de créance est particulièrement fort, puisque malgré son caractère collectif, un seul actionnaire peut parfois faire échec à la volonté de la majorité et obliger la Société à distribuer les gains réalisés au cours de l'exercice précédent.

Une espèce récente a permis à la Cour de Paris d'affirmer ce principe avec beaucoup de force². En l'occurrence, les actionnaires minoritaires de la « Société des Anciens Etablissements Piquard Frères et Durey-Sohy Réunis » contestaient la validité d'une résolution adoptée par l'assemblée annuelle tenue en 1955, qui visait à retarder d'une année au moins la distribution des 15.834.729 francs de bénéfices réalisés en 1954. Le mécontentement des actionnaires minoritaires se comprend d'autant mieux

1. Cf. Cass. crim., 22 janvier 1937, D.P., 1937.1.71, note Tchernoff, S., 1938.1.297, note Légal, *J. Soc.*, 1938, p. 279, note Lecompte ; Cass. crim., 17 juin 1942, S., 1944.1.141, note Légal, *J.C.P.*, 1943.II.2120, note Bastian ; Cass. crim., 5 mai 1949, S., 1949.1.104 ; *J.C.P.*, 1949.II.5164 ; RAULT, *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 77 ; Cass. crim., 4 mai 1954, *J.C.P.*, 1954.II.8239, note D. B. ; *J. Soc.*, 1956, p. 296.

2. Paris, 3^e Ch., 28 février 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11.175, note Bastian. *L'inf. Ch. Entr.*, 1959, p. 660, note Lienhart.

que sur les 77.000.000 de bénéfices réalisés en huit ans, 10.000.000 seulement auraient été répartis sous forme de dividendes, si la décision de 1955 avait été reconnue valable. La situation de l'entreprise apparaissait cependant comme très prospère, le chiffre d'affaires ayant constamment augmenté (de 26 millions il était passé à 196 millions) et les bénéfices également (de 1.699.293 francs à 15.834.729 francs). Cette prospérité avait pour cause l'autofinancement pratiqué à l'instigation des consorts Piquard détenteurs de 4.026 des 6.800 actions composant le capital, et de plus majoritaires au Conseil d'administration.

Ces mêmes consorts Piquard étaient également à l'origine de la décision de 1955, que la bonne marche des affaires sociales ne paraissait pas imposer.

La Cour de Paris, infirmant la décision des premiers juges, a donné raison aux minoritaires dans des termes dont la généralité frappe :

« Considérant, a décidé la Cour de Paris, qu'il est de l'essence même du contrat de Société que les bénéfices (en vue de la réalisation et du partage desquels le contrat a été conclu) soient répartis périodiquement, en principe à la fin de chaque exercice légal ».

Une telle affirmation ne manque pas de surprendre. Il est traditionnellement enseigné que la répartition des bénéfices et des pertes ne devrait théoriquement s'effectuer qu'à la dissolution de la Société. Pratiquement cette règle s'applique pour la répartition des pertes. Pour les bénéfices, elle n'est écartée que « parce qu'on ne peut pas demander aux associés d'attendre la dissolution de la Société, alors que la Société est conclue en vue d'une exploitation continuée pendant une certaine durée »¹. La distribution annuelle des bénéfices n'est qu'un usage auquel les associés sont libres de ne pas se conformer².

La matière de la répartition des bénéfices ressort essentiellement des dispositions de la loi intérieure que constituent les statuts. C'est à eux qu'il faut se référer lorsqu'une difficulté surgit. Le contenu n'en est d'ailleurs pas immuable, et les actionnaires peuvent le modifier comme toute autre partie des statuts³.

Malheureusement la loi intérieure n'est pas toujours de la plus grande clarté. C'est pour ces hypothèses qu'est apparue la théorie du droit au dividende, et de la protection de ce droit. On peut trouver que cette théorie, à une fâcheuse tendance à s'étendre à des cas où elle n'aurait guère sa place, et voir la cause de ce développement dans un esprit protectionniste qui aurait en France des racines immenses, au point que « considérer les actionnaires comme des citoyens majeurs qui ont le droit de faire des bêtises mais qui, alors doivent en supporter les conséquences, serait une conception qui n'entre pas dans l'intellect de nombreux juristes »⁴.

1. HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 468.

2. On peut toutefois se demander si l'on n'assiste pas à la métamorphose d'un usage en coutume. L'usage ferait corps avec le contrat, alors que la coutume se situerait sur un plan plus élevé. Sur cette question, cf. PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial », *Rev. Trim. dr. com.*, 1959, p. 355 et s.

3. Il est à noter que s'il existe des parts de fondateur, leur droits pourraient se trouver modifiés par une décision unilatérale des actionnaires. Depuis la loi du 23 janvier 1929, les porteurs de parts ne sont plus sans défense, puisque pour leur être opposables les décisions changeant directement ou indirectement leurs droits, doivent avoir été approuvées par la majorité d'entre eux. Cf. RAULT, *op. cit.*, p. 119 s., et 128.

4. COPPER-ROYER, *op. cit.*, n° 360, p. 563, note 1.

Malgré les regrets de certains, le droit au dividende existe avec une portée très générale. Il peut avoir pour effet de permettre à un seul actionnaire de faire déclarer exigible la créance de bénéfices même si la majorité normalement compétente est d'un avis contraire.

Le droit au dividende met particulièrement en relief l'obligation pour la Société de verser le bénéfice aux associés. Son caractère passif se vérifie ainsi, et du même coup il se range parmi les éléments constitutifs du passif interne.

48. Il est intéressant de s'arrêter sur les conséquences du vote de l'assemblée qui approuve les comptes sociaux et décide la distribution du dividende, pour illustrer d'un exemple les modalités du passif interne.

Suivant l'opinion du Doyen Ripert, « il faut considérer que les bénéfices sont attribués à la collectivité des associés et non à chaque actionnaire individuellement. C'est seulement par la décision de l'assemblée générale distribuant les bénéfices que chaque actionnaire devient créancier de la Société »¹. Ce qui correspond exactement à l'affirmation que la conséquence essentielle du vote est de transformer la créance collective interne en une série de créances externes.

Ainsi peut-on expliquer aisément certaines décisions jurisprudentielles et en particulier la condamnation par les tribunaux des tentatives de certaines sociétés pour faire annuler par une seconde assemblée, la délibération fixant le dividende, votée par une première assemblée². On a essayé d'expliquer cette solution en disant que le débiteur se dégagerait unilatéralement ; la double position de l'actionnaire créancier et organe, a bien été vue. C'est en affirmant que l'actionnaire venait à la seconde assemblée comme organe que l'on a justifié la solution jurisprudentielle ; mais sans pour autant expliquer pourquoi l'actionnaire ne peut venir comme créancier. La réponse est cependant simple. Les actionnaires ne peuvent plus agir comme titulaires d'une créance collective, pour cette excellente raison que cette créance a cessé d'exister avec le premier vote, pour se morceler en une série de créances externes. En tant que créanciers externes ils ne sont plus tenus par les décisions des assemblées générales.

L'assemblée ne fixe pas dans tous les cas la date de mise en paiement du dividende, mais laisse souvent ce soin au Conseil d'Administration. La trésorerie de la Société ne permet pas toujours de payer immédiatement le dividende. Dans cette hypothèse encore, il faut protéger les actionnaires contre la mauvaise volonté du Conseil qui prétendrait ne pouvoir se procurer les fonds indispensables. Chaque actionnaire, comme n'importe quel créancier social, dispose d'une action en justice pour pallier l'incurie des représentants de la Société³.

1. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 292.

2. Cf. Paris, 1^{er} décembre 1934, S., 1935.2.65. Sur cette question : voir NOIREL, *op. cit.*, n° 169.

3. Trib. com. Seine, 4 mars 1933, S., 1935.II.15, note Rousseau ; Paris, 1^{er} décembre 1934, S., 1933.II.65. La seule limite qu'il faille reconnaître à ce droit va de soi : l'action est impossible si le caractère fictif du dividende a été reconnu.

Une deuxième conséquence normale du caractère de passif externe du dividende voté est de permettre aux actionnaires de produire à la faillite de la Société pour le montant du dividende. L'opinion contraire a été soutenue, mais ne paraît pas devoir être retenue¹. Jusqu'à la décision de distribution il n'y a qu'une créance interne et comme telle d'un rang inférieur au passif externe. Quand bien même les comptes auraient été arrêtés par les administrateurs et auraient fait apparaître l'existence du bénéfice, les actionnaires n'ont encore aucun droit acquis. En revanche, le vote de l'assemblée transforme cette créance en une série de créances externes, et il n'y a pas de motif pour distinguer entre les créanciers sociaux à raison de l'origine de leur droit. Dans la mesure où les bénéfices ne sont pas fictifs, les actionnaires peuvent en exiger la répartition. Cette répartition pourrait être immédiate. Il ne faut pas que les délais accordés à la Société pour se libérer se retournent contre les actionnaires.

§ 3. — *Les réserves*

49. Les définitions que l'on donne du terme « réserves » sont extrêmement nombreuses et variées. Il n'est pas question d'en dresser l'inventaire. Quelques unes suffisent pour découvrir l'esprit général de l'institution.

Le décret du 7 août 1958 dispose que « tous bénéfices conservés à la disposition de l'entreprise et non incorporés au capital, constituent une réserve ».

Les auteurs des études les plus récentes consacrées à la matière ne s'écartent guère de ce texte. Ils hésitent d'ailleurs à donner une véritable définition des réserves, préférant décrire les caractères de ces comptes. C'est ainsi que l'un d'eux écrit : « le caractère commun de tous les comptes de réserves est d'être constitués par des bénéfices non distribués »². Un autre, développant davantage sa pensée précise que les réserves sont constituées par des prélèvements sur les bénéfices, que ces prélèvements restent à la disposition de l'entreprise, et que cette part de bénéfice épargnée ne se confond pas avec le capital social³.

D'une analyse déjà moins récente il ressort que « les réserves sont fondées sur des prélèvements opérés sur des bénéfices nets (au sens de la loi du 4 mars 1943), facultatifs en principe... dans l'intention de faire face à des pertes futures et problématiques, retenus pour une durée assez longue le plus souvent »⁴.

Citons, pour en terminer deux définitions plus anciennes. Selon la première, « on entend sous le nom de réserves des bénéfices que la Société ne distribue pas, mais conserve »⁵. Aux termes de la seconde est une réserve

1. Cf. COUSIN, *op. cit.*, n° 178 et s.

2. POUTE DE PUYBAUDET, *Les ayants-droit aux réserves dans les Sociétés anonymes*, Th. dactyl. Paris, 1958, p. 46.

3. JACOB, « Les réserves dans les Sociétés anonymes », *Rev. Soc.*, 1957, p. 3.

4. JOFFROY, *Des réserves et de leur incorporation au capital social dans les Sociétés anonymes*, Th. Toulouse, 1944, p. 34.

5. QUESNOT, *Administration financière, méthode des comptes et bilans*, p. 216.

« toute augmentation du fonds social qui au lieu d'être répartie entre les ayants-droit est conservée à titre permanent dans l'entreprise »¹.

50. Un examen même rapide montre que dans ces définitions le mot « bénéfices » revient comme un leit-motiv incessant, assorti des qualificatifs « conservés » ou « retenus » par l'entreprise. C'est bien l'idée essentielle de la majorité de la doctrine : réserve égale bénéfices accumulés.

La variété de l'origine de cette accumulation, comme celle des objectifs ou des formes est d'une importance moindre.

Il importe peu que ce soit le législateur lui-même qui ait dans certains cas obligé l'entreprise à conserver une partie de ces bénéfices annuels, ou que ce soient les fondateurs qui aient imposé un résultat identique par une disposition du pacte social, ou encore que les actionnaires aient pris l'initiative de cette retenue en cours de vie sociale.

La multiplicité possible des buts poursuivis, du simple désir d'accumuler les gains pour nuire à certains associés, à la poursuite d'une sage gestion financière, n'est qu'un aspect accessoire des réserves. Il en va de même pour les formes que peuvent prendre ces retenues ; parfois l'on agit au vu et au su de tous ; dans d'autres hypothèses on préfère des moyens plus discrets, si discrets même que la rétention passera inaperçue aux yeux des non-initiés. Les réserves occultes n'en sont pas moins des réserves.

51. Telle se présente, rapidement esquissée, la physionomie la plus souvent prêtée aux réserves. Il n'est pas besoin d'en préciser les traits, pour l'instant du moins. Un simple regard sur ce croquis suffit à en apercevoir l'aspect quelque peu caricatural.

Comment ne pas être frappé par une monumentale erreur de raisonnement ?

De ce que les bénéfices accumulés constituent des réserves, on tire cette conclusion surprenante que les réserves sont des bénéfices accumulés. Il ne viendrait pourtant à l'idée de personne de dire que les roses étant des fleurs, toutes les fleurs sont des roses ! Le sophisme est cependant le même dans les deux cas. Les mathématiciens connaissent bien ce danger, qui après avoir établi un théorème, passent immédiatement à la réciproque qui se révèle le plus souvent inexacte.

A priori il n'est certes pas impossible que la réciproque soit vraie. Encore faut-il en rapporter la preuve. Bien peu d'auteurs se sont attachés à faire cette démonstration, se trouvant satisfaits de la pétition de principe que l'on doit dénoncer.

Le centre de la difficulté réside dans la notion même de bénéfices. Le fait que l'on parle de conservation ou de retenue de bénéfices montre bien qu'on envisage uniquement le bénéfice distribuable, c'est-à-dire les bénéfices nets d'exercice, tels qu'ils sont traduits chaque année par le solde créditeur des comptes d'exploitation et de pertes et profits. On perd ainsi de vue qu'il n'y a pas coïncidence entre le chiffre des résultats d'exercice et les variations de la situation nette. Celle-ci peut parfaitement s'être accrue sans qu'il y ait pour autant une somme à répartir entre les associés

1. CHARPENTIER et HAMELIN, *op. cit.*, § 309, p. 279.

au titre des dividendes annuels. Cet accroissement reviendra pourtant, en définitive aux associés. Mais c'est en tant que boni de liquidation qu'ils seront normalement appelés à l'encaisser¹.

Jusqu'à la dissolution de la Société une telle augmentation de l'actif ne peut avoir le caractère de bénéfice d'exercice. Dans la logique du système traditionnel on ne peut aboutir qu'à cette conclusion que les postes correspondants ne sont pas des réserves.

Certains ont aperçu la difficulté que soulève l'existence d'un accroissement de situation nette au-delà du chiffre du capital, sans pour autant que cet accroissement provienne en totalité des bénéfices d'exercice. Ils ont résolu le problème en considérant qu'il y a soit des comptes *sui generis*, soit le résultat d'une erreur comptable².

52. La persistance de cette assimilation des réserves avec les bénéfices accumulés, et le refus du caractère de réserve à tous les comptes ne provenant pas strictement de profits d'exercice retenus dans le patrimoine social sont d'autant plus surprenants que l'étude la plus autorisée faite à ce sujet rejette ces conclusions³. L'autorité de son auteur, la vue pénétrante qu'il a eue des problèmes posés, les solutions claires qu'il y a apportées, sont autant de facteurs pour faire de son œuvre la base fondamentale de toute recherche sur les comptes de réserves dans les sociétés par actions. Sans doute son analyse est-elle trop transcendante pour convaincre nombre de ceux qui ont tenté après lui de revenir sur ces questions⁴.

C'est avec une grande clarté pourtant que M. Amiaud a démonté le mécanisme des réserves, et a établi que « les réserves se présentent finale-

1. Un exemple illustrera mieux cette affirmation. Le bilan d'entrée d'une Société se présentant ainsi :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
Immobilisations	100.000 NF	Capital	100.000 NF
Valeurs d'exploitation ..	50.000 NF	Dettes à long terme	60.000 NF
Disponible	40.000 NF	Dettes à court terme ..	30.000 NF
	<u>190.000 NF</u>		<u>190.000 NF</u>

La situation nette ressort à 190.000 NF — 90.000 NF, soit 100.000 NF pour un capital correspondant.

En cours d'exercice la Société porte son capital de 100.000 à 150.000 NF en exigeant des souscripteurs une prime d'un total de 20.000 NF. Si le bilan de fin d'exercice est le suivant :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
Immobilisations	140.000 NF	Capital	150.000 NF
Valeurs d'exploitation ..	70.000 NF	Primes d'émission	20.000 NF
Disponible	50.000 NF	Dettes à long terme ...	60.000 NF
Pertes	10.000 NF	Dettes à court terme ..	40.000 NF
	<u>270.000 NF</u>		<u>270.000 NF</u>

La situation nette se monte à 260.000 NF — 100.000 NF soit 160.000 NF pour un capital de 150.000 NF. La différence qui est de 10.000 NF apparaîtra comme un boni de liquidation. Et pourtant l'exercice se solde par une perte de la même importance.

2. Cf. p. ex. : POUTE DE PUYBAUDET, *op. cit.*, p. 48.

3. AMIAUD, *op. cit.*

4. On doit à la vérité de dire qu'une grande partie de la doctrine reste attachée aux solutions dégagées par M. Amiaud. C'est essentiellement la nouvelle vague d'auteurs, le plus souvent les praticiens, qui semblent les ignorer, voire les rejeter.

ment comme la somme des valeurs patrimoniales constituant un actif net pour la Société, qui ne sont pas nécessaires pour assurer l'intégrité du Capital Social et qui n'en sont pas moins soustraites chaque année aux répartitions annuelles de bénéfices»¹.

Telle est, en effet, la vérité. La distinction entre le bénéfice d'exercice et ce qui apparaît à la dissolution comme le bénéfice final ne fait qu'engendrer la confusion. Si l'on s'élève au-dessus de cette distinction, le trouble qui en est la conséquence disparaît. Dans cette conception est réservée toute augmentation de l'actif net au-delà du capital social. Peu importe de savoir, pour définir les réserves, quelle est l'origine de l'accroissement et s'il est ou non distribuable en cours de vie sociale.

De cette idée capitale pour la compréhension de l'institution, il découle qu'étant une augmentation de l'actif net, les réserves ont leur contrepartie dans l'actif. Celui-ci étant, par définition, la propriété de la Société les réserves sont la propriété de l'être moral, au même titre que le capital social.

53. Cet *aspect actif* des réserves est remarquablement mis en lumière par M. Amiaud.

Pour lui, le fait que la société soit propriétaire des réserves est suffisant pour tout expliquer. Son analyse s'arrête à ce stade.

Dès lors il faut se séparer de l'opinion de cet auteur ; non que cette analyse soit inexacte, mais parce qu'elle est incomplète ; elle ne fait pas ressortir l'*aspect passif* des réserves.

Même dans la conception la plus restrictive que l'on puisse avoir des réserves, cet aspect passif est frappant. Les bénéfices ont ce caractère passif. Le fait qu'ils n'aient pas été mis en distribution ne saurait changer la nature des choses. La majorité conserve le pouvoir de déclarer la créance correspondante exigible. En ne l'ayant pas fait à la fin de l'exercice, les actionnaires ne peuvent perdre le droit de le faire dans l'avenir.

Ainsi se trouve vérifié le double critère actif et passif des réserves ; ce qui justifie leur classement parmi les comptes de passif interne. Il convient maintenant d'approfondir le concept de réserve, en étudiant sa place dans le passif interne.

1. AMIAUD, *op. cit.*, n° 9, p. 15.

CHAPITRE IV

LA PLACE DES RÉSERVES DANS LE PASSIF INTERNE

§ 1. — *Analyse économique et juridique du passif interne*

A. — *Différence de point de vue.*

54. Le bilan d'une entreprise ou d'une Société (puisque'il faut admettre qu'il y a identité entre les deux) est dans la conception la plus généralement admise le résumé de l'inventaire de son patrimoine, de l'état de ses avoirs et de ses dettes.

Cette explication, si elle est juridiquement exacte, ne donne qu'un aperçu insuffisant de la signification de ce document comptable, et fait trop perdre de vue la réalité matérielle des choses, du point de vue économique en particulier.

Pour fonctionner normalement que faut-il en effet à une entreprise ?

D'abord des biens ayant une certaine permanence et capables de concourir à plusieurs actes de production¹ : des *capitaux fixes* dans le langage économique.

Ensuite des biens ne pouvant servir qu'à un processus unique et détruits au cours de la production² : autrement dit des *capitaux circulants* dans la même terminologie.

L'ensemble de ces biens constitue l'actif de l'entreprise.

Pour se les procurer différents procédés sont à sa disposition, qu'elle emploie simultanément. Ce sont les *moyens de financement*. En premier lieu, ce sont les apports de l'entrepreneur lui-même qui constituent l'élément de départ, la base même du financement. A l'*investissement* correspond le capital de l'entrepreneur, ou encore les *capitaux propres* de l'entreprise.

Ce mode de financement est généralement insuffisant en lui-même.

1. Ce terme doit être entendu au sens économique qui est extrêmement large et qui englobe la fourniture de biens et de services. C'est ainsi qu'un camion servant à assurer les transports de l'entreprise est considéré comme accomplissant un acte de production.

2. Même remarque que ci-dessus note 1. Par exemple, les marchandises destinées à être vendues dans toute entreprise commerciale entrent dans cette catégorie.

C'est même un principe bien connu, que l'entreprise si elle veut prospérer, doit avoir recours à des bailleurs de fonds, qui lui permettent d'augmenter son chiffre d'affaires. Ces *capitaux étrangers* peuvent lui venir soit de prêteurs purs et simples, soit de fournisseurs qui en accordant des délais de paiement jouent également le rôle de prêteurs.

Il est conforme à la logique que le total de ces moyens de financement, capitaux propres et capitaux étrangers, qui ont permis à la Société de devenir propriétaire de son *actif*, soit égal à l'actif comptable. D'autre part, par définition, ce *total correspond au passif sur les livres de la Société*.

Dès lors la symbiose de l'actif et du passif apparaît avec plus de clarté encore. Il n'est pas concevable qu'un élément entre dans le patrimoine de l'entreprise si celle-ci ne dispose pas du moyen de le financer. A toute augmentation de l'actif est liée une augmentation du passif. Réciproquement, si de nouveaux moyens de financement sont mis à la disposition de la firme, son actif est accru par voie de conséquence.

Il ne faut pourtant pas s'y tromper ; si actif et passif sont indissolublement liés, ce n'est qu'autant qu'ils forment deux masses d'égale importance, dont l'une ne peut varier en valeur, ou si l'on préfère en quantité sans que l'autre en subisse le contrecoup. Chaque groupe garde une certaine indépendance vis-à-vis de l'autre. Des changements qualitatifs peuvent intervenir dans l'une des masses, voire un bouleversement presque total de sa structure interne, sans que l'autre soit modifiée pour autant. Il se produit alors un phénomène que l'on peut qualifier de « subrogation réelle ».

Ceci a le mérite de bien mettre en évidence le caractère abstrait des postes du passif, en ce sens que s'ils ont nécessairement un correspondant dans l'actif, il est impossible de déterminer matériellement tels biens ou tels biens précis comme la représentation du financement.

Les règles présidant une sage gestion financière tendent certes à établir certains équilibres complémentaires à l'intérieur du passif et de l'actif. C'est ainsi, par exemple, que dans toute la mesure du possible, on recherche que les *capitaux fixes* de l'actif soient financés par une quantité égale de *capitaux propres* au passif, ou du moins par des capitaux étrangers à long terme¹. Il faut pourtant bien se garder d'en conclure l'existence d'un lien entre capitaux propres et immobilisations.

Les capitaux propres dont l'ensemble forme le passif interne ne sont représentés par aucuns biens précis dans le patrimoine social. En ce sens on peut donc souscrire à l'opinion de M. Amiaud lorsqu'il dit que la définition des réserves, qui sont une partie des capitaux propres « est indépendante de toute représentation matérielle »².

Rappelons enfin que l'importance de ces capitaux est établie par différence, ainsi qu'il résulte de la manière même de calculer le quantum de la situation nette.

55. L'autonomie de l'actif et du passif fait qu'il est impossible de ramener à une seule notion leur contenu respectif. Les économistes ont

1. Les économistes tendent d'ailleurs à inclure les dettes à long terme, non dans les capitaux propres, mais dans la situation nette. Cf. par ex. : HOUSIAUX, *Les 500 plus grandes sociétés françaises*.

2. AMIAUD, *op. cit.*, n° 9, p. 14.

d'ailleurs bien senti la complexité du problème, et reconnaissent que le mot capital n'a pas une signification mais plusieurs¹. Ils distinguent essentiellement le capital technique du capital juridique, et du capital comptable, en donnant d'ailleurs à ces expressions des significations différentes de celles dégagées dans l'analyse juridique et comptable du bilan².

L'accord n'existe d'ailleurs pas davantage sur le sens technique du capital. Pour Irving Fisher, le capital est le stock de biens existant à un moment donné, tandis que le revenu est le flux de services qui découle de ces biens pour les consommateurs pendant une période déterminée. Le capital est donc une notion statique, le revenu une notion dynamique. A cette définition on a reproché de confondre capital et richesses et de négliger le rôle tenu dans la production.

Pour l'école anglaise, le capital est un ensemble de biens de production produits, c'est-à-dire reproductibles et augmentables. L'accent est bien mis sur le fait qu'il s'agit de biens de production. Mais en voulant distinguer ce qui provient de la nature, et ce qui est la conséquence de l'effort humain, on aboutit à de très grandes difficultés de classification. Au surplus cette définition n'est guère applicable à l'échelle de l'entreprise.

C'est pourquoi on tend actuellement à adopter la distinction et les définitions de capitaux fixes et capitaux circulants, dues à Böhm-Bawerk³ et dont on a dû reconnaître qu'elles ne peuvent s'adapter à notre problème d'une façon satisfaisante.

On pourrait du moins penser qu'à défaut d'établir l'identité entre le capital au sens économique et le passif interne, il sera possible de tirer des sciences économiques, un enseignement intéressant quant à la façon dont il va s'accroître. En d'autres termes existe-t-il un lien entre le profit et l'accroissement de la situation nette ?

Une première constatation s'impose, à savoir que les deux phénomènes ne peuvent concorder complètement puisque la situation nette peut s'accroître en l'absence de bénéfices, par l'investissement. Y-a-t-il cependant une similitude entre le profit tel que l'entendent les économistes, et les profits tels qu'ils ressortent du bilan ?

Peu de termes ont été plus controversés dans la pensée économique que celui de profit. Sa définition et son contenu sont sans cesse remis en question. Dans l'acception la plus courante, on appelle profit la différence entre les dépenses occasionnées par la production ou la vente de biens et de services et les recettes obtenues par l'entreprise qui les livre sur le marché⁴. Si les recettes sont assez facilement déterminables, il n'en va pas de même des dépenses. Faut-il en particulier y inclure l'intérêt du capital investi, le salaire de la direction ? La théorie des coûts d'opportunité fait intervenir dans le calcul du profit un grand nombre de facteurs subjectifs. La tendance générale semble bien être à ne considérer comme étant des profits qu'une partie seulement de ce qui reçoit le nom de bénéfices d'après l'in-

1. Cf. Jean MARCHAL, *Cours d'économie politique*, p. 440 et s.

2. Le capital juridique se définirait, en effet comme l'ensemble des valeurs monétaires qui fournissent à leur propriétaire un revenu sans travail, tandis que le capital comptable serait l'ensemble des valeurs monétaires rendu constant par la pratique de l'amortissement.

3. BÖHM-BAWERK, *La théorie positive du capital*, Trad. française, 1929.

4. Cf. R. BARRE, *Economie politique* sous la direction de A. Marchal, II, p. 195 et s.

ventaire social ! Au surplus aucune explication n'est donnée sur la façon dont est calculé le profit. Spécialement que faut-il décider pour les acquisitions de capitaux fixes faites en cours d'exercice ? Peut-on ou doit-on les inclure dans le profit¹ ?

En définitive toute tentative de rattachement de la théorie économique avec notre matière est vouée à l'échec. Non pas que notre problème soit étranger à l'économie, il y est on ne peut plus lié, mais bien parce que les modes de pensée et les résultats poursuivis sont différents. Les « lois » que découvrent les économistes ont seulement des champs d'application variés, qui ne sont pas les mêmes que ceux du droit commercial. Pour le juriste, capital et richesses, bénéfices et profit sont sensiblement synonymes. Pour l'économiste, ils ne le sont pas.

B. — *Conséquence quant à la nature de fruits ou de produits des réserves.*

56. Comme l'avait déjà noté M. Amiaud, on a tenté de transformer ce qui apparaît essentiellement comme un concept juridique et comptable en une réalité économique². En ce sens que les réserves ne pourraient jamais être considérées comme une augmentation du capital (fixe ou circulant) mais resteraient toujours des bénéfices accumulés.

Pourquoi cette prise de position qui est si contraire à la réalité matérielle ? Car s'il est bien certain que les comptes de situation nette n'ont pas pour contrepartie telle ou telle fraction de l'actif social, il est non moins certain qu'à une augmentation du financement correspondra un accroissement du capital économique.

La réponse ne fait pas de doute, cette affirmation vise un but précis : permettre de résoudre le problème de la qualification juridique des accroissements de l'actif net.

C'est là en effet une question délicate qui doit retenir l'attention. De la solution qui lui est donnée, dépend en particulier l'issue du conflit qui oppose nu-proprétaire et usufruitier, communauté et patrimoine propre, quant à l'attribution de ces bénéfices.

Dès lors que l'on soutient que les bénéfices forment une masse distincte à l'intérieur du patrimoine social, qu'ils ne peuvent en aucun cas s'intégrer dans le capital économique, ne doit-on pas en tirer cette conséquence logique qu'ils sont des fruits par nature ? Mais, a-t-on pu dire alors, si le caractère de fruits est reconnu, et il doit l'être, à tous les bénéfices réalisés par une société pendant un exercice déterminé, les sommes qu'elle prélève pour les mettre en réserve ne forment rien d'autre qu'une accumulation de fruits.

Ce raisonnement est séduisant. Il ne doit pourtant pas tromper. Il repose sur une pétition de principe, que les bénéfices présentent tous les caractères des fruits par nature³ et de plus, rien ne s'oppose à leur capitalisation.

1. Il est d'ailleurs remarquable de signaler, que lorsqu'ils étudient l'autofinancement, c'est-à-dire la rétention de profits en vue de leur investissement dans l'entreprise, les économistes se rabattent sur la notion de bénéfices bilantiels, toute autre voie leur étant impraticable. Cf. p. ex. : MALISSEN, *L'autofinancement des Sociétés en France et aux Etats-Unis*, Th. Grenoble, 1952.

2. Cf. AMIAUD, *op. cit.*, n° 176, p. 315 et s.

3. Sur la réfutation de cette argumentation : cf. AMIAUD, *op. cit.*, n° 178, p. 318 et s.

Toute la difficulté vient du caractère désuet des critères de la distinction entre fruits et produits.

On entend par fruits tout ce qu'une chose produit à des intervalles périodiques, sans destruction de sa propre substance¹. Les uns sont des *fruits naturels* ou industriels, ceux que la chose produit spontanément ou grâce au travail de l'homme. Les autres appelés *fruits civils* sont les revenus périodiques dus par les tiers auxquels le propriétaire a cédé la jouissance de la chose. Les *produits*, au contraire comprennent tout ce qui provient de la chose, mais sans périodicité ou en altérant sa substance².

Cette distinction et ses conséquences suffisaient amplement à rendre compte de la plupart des hypothèses connues en 1804, tous les revenus pouvant s'y ramener, en dehors de ceux provenant du louage de services, autre catégorie classique. Mais déjà certaines situations pouvaient prêter à confusion, et les rédacteurs du Code avaient prévu avec beaucoup de détail le cas des arbres (taillis — hautes futaies — pins maritimes — pépinières, etc.) des troupeaux, et des ruches... Pourtant on peut noter dès ce moment en particulier à propos des carrières et des forêts, la grande importance laissée à la volonté humaine. Suivant que l'exploitation a été organisée ou non, suivant qu'il existe ou non des aménagements spéciaux, les biens doivent être considérés comme des produits ou comme des fruits. Ce domaine il est vrai, est encore très près de l'économie agricole et des éléments extérieurs peuvent servir à éclairer sur la volonté.

Bien plus délicate est la distinction entre fruits civils et produits. En tout état de cause, la volonté humaine est seule à jouer un rôle en ce cas. C'est d'elle seule en effet qu'il dépend de faire produire des fruits à la chose, ou de donner à ces fruits le caractère de capital. Comme l'a démontré si magistralement Labbé³ il est inexact *a priori* de considérer comme des fruits par essence, les bénéfices commerciaux. Le bénéfice étant une différence entre deux capitaux est une portion de capital, et non un fruit.

C'est bien là également l'opinion de M. Amiaud qui précise comme le faisait Labbé que les bénéfices ne deviennent des fruits que lorsqu'une décision de l'assemblée générale décide la distribution et leur donne le caractère de dividendes⁴.

C'est encore l'opinion de M. Croizat⁵ pour qui seuls sont des fruits les bénéfices distribués et parce qu'ils sont distribués. Les réserves sont des capitaux directement constitués par l'aménagement même des sociétés.

Il semble bien que ce soit d'ailleurs aussi l'opinion de la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris déclare que les bénéfices industriels et commerciaux ne doivent pas être rangés parmi les fruits proprement dits, et ne le deviennent qu'alors qu'ils ont été distribués sous forme de dividendes⁶.

1. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, par PICARD, n° 255, p. 255.

2. *Ibid.*

3. LABBÉ, note sous Cass. req., 14 mars 1877, S., 1878.1.5.

4. AMIAUD, *op. cit.*, n° 178 *in fine*, p. 321.

5. CROIZAT, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, Th. Lyon, 1925, p. 136 et s.

6. Paris, 4 avril 1901, *Rép. Gén. Not.*, 1901, p. 257.

La Cour de Nancy affirme que les bénéfices réservés ont pris dès les premiers jours le caractère de capitaux¹. Le Tribunal civil de la Seine dit que les bénéfices d'une entreprise industrielle ou commerciale ne sont pas des fruits par essence et qu'ils peuvent être capitalisés².

A la vérité ces dernières décisions ne sont peut être pas aussi nettes qu'on a voulu le croire. Si les solutions données affirment bien que les réserves sont du capital, elles peuvent parvenir à ce résultat en faisant appel à la technique de la capitalisation très courante en matière de fruits civils.

En ce domaine, comme en beaucoup d'autres, il faut se méfier d'un excès de logique et se garder de recourir à trop de fictions. Il n'est pas possible de soutenir qu'un bien est en soi un produit ou un fruit. Il ne serait tel que pour celui qui le reçoit, selon sa mentalité, ses besoins et les ressources que lui procure son activité. Il faudrait donc se référer au critère du *bonus pater familias* pour connaître son comportement. Et à la limite pourquoi ne pas imaginer de distinguer dans le dividende qu'il encaissera, la partie correspondant au premier intérêt statutaire, qui serait un fruit civil aux termes de l'article 586 du Code civil et le super dividende qui constituerait quant à lui un produit ? Une telle solution ne peut être accueillie.

A l'origine le contrat de Société était la mise en commun de certains biens en vue d'en retirer un bénéfice. Ce bénéfice n'était connu qu'à l'expiration du terme ou à la consommation de l'opération en vue de laquelle le pacte était conclu. Qu'était alors le bénéfice ? Le doute n'est pas permis, c'était bien du capital.

Les affaires prenant de plus en plus d'importance, leur extension a causé leur pérennité. Par là-même est apparu l'usage de faire périodiquement le point de l'activité sociale, pour savoir si elle se révélait bénéficiaire, et éventuellement de répartir tout ou partie du profit entre les ayants-droit. Avec les arrêtés de compte est apparue la périodicité. On éponge les profits au fur et à mesure de leur apparition. Pour ceux qui les perçoivent, l'analogie avec les fruits civils est si frappante qu'il faut bien considérer à leur égard que les dividendes ont bien ce caractère. Mais doit-on aller plus loin et dire que si une partie du bénéfice n'a pas été distribuée, elle a, elle aussi, ce caractère de fruits ? Ce serait dénaturer le fond même des choses.

L'arrêt de la Cour de Paris du 28 février 1959³ va peut être à l'encontre de cette solution traditionnelle. Il est permis de se demander s'il n'est pas le symptôme de la transformation de l'usage mentionné, en une véritable coutume, et par voie de conséquence on peut s'interroger sur la nécessité de réviser les opinions les mieux établies, et de considérer désormais non seulement les bénéfices effectivement distribués, mais l'intégralité des bénéfices réalisés comme des fruits par nature. Même s'il devait bien en être ainsi, on peut penser qu'il n'y a pas pour autant à craindre, ou à attendre un renversement de la nature juridique des comptes des bénéfices réservés. Il y aurait lieu, en effet, d'appliquer la règle de capitali-

1. Nancy, 10 mars 1906, *Gaz. Pal.*, 1906,2.249.

2. Trib. com. Seine, 1^{er} avril 1922, *D.*, 1923.2.45.

3. Paris, 28 février 1959, précité, n° 47.

sation que certaines décisions ont invoquée, même si ce n'est jusqu'ici qu'à titre accessoire.

57. De ces développements il est possible de tirer un certain nombre de conclusions permettant de découvrir la voie à emprunter pour poursuivre cette étude.

D'abord, il n'existe aucun lien direct entre le passif interne et certains biens de l'actif, pas plus qu'entre le passif externe et certains éléments de ce même actif. Le problème de la représentation matérielle n'est pas inexistant. Il est simplement impuissant à nous fournir des directives pour résoudre notre question.

Ensuite, malgré l'enrichissement qu'ils constatent, les différents chapitres du passif interne ne correspondent ni avec la notion économique de capital, ni avec celle de profit. Il y a bien augmentation de l'avoir social, mais on ne peut les ramener aux notions correspondantes de l'économie politique.

Enfin, les augmentations d'actif net semblent avoir normalement le caractère de capital et non de fruits. Ils deviennent fruits par la décision de distribution, mais à défaut d'une telle décision, ils conservent leur caractère de capital. De ce côté non plus il n'est pas possible de trouver des précisions suffisantes pour opérer une distinction à l'intérieur du passif interne.

A défaut d'avoir pu découvrir dans ces directions des caractères spécifiques satisfaisants, force est de se tourner vers les techniques juridiques et comptables pour tenter de délimiter avec plus de précision le contenu des comptes de passif interne.

Sur le terrain juridique il faut avoir recours à la nature même des droits des associés sur le patrimoine social, au cours de la vie sociale. Deux grandes règles sont aussitôt apparues, le principe de fixité du capital social, et le principe du droit au dividende.

Il ne faut pas perdre de vue pour autant que ces questions sont intimement liées à la comptabilité, et il est nécessaire de rappeler les règles d'établissement du bilan, dont le caractère est souvent arbitraire.

§ 2. — Définition des réserves

58. L'aspect essentiel du problème est indubitablement lié au droit des associés sur le patrimoine social. Montrer avec M. Amiaud que comme son nom même tend à l'indiquer, l'actif net est la propriété de la Société, est un premier point important, qui apparemment n'aurait pas dû soulever les graves discussions. La chose est suffisamment claire pour n'avoir pas à y revenir¹.

En revanche et comme c'est là notre thèse, il convient d'insister sur le fait qu'à ce moment une partie seulement de la question est tranchée. L'aspect actif de ce que nous appelons le passif interne est en effet notoirement insuffisant pour expliquer l'origine et le mode d'exercice du droit des actionnaires sur cet actif. Sa distribution partielle ne peut, en particulier

1. Cf. en tant que de besoin *supra*, nos 52 et s., AMIAUD, *op. cit.*, nos 9 et 180.

lier, être expliquée que par une manifestation purement potestative de la volonté de la Société. C'est là une explication dont on ne peut se contenter.

Au surplus, l'une des significations du bilan montre bien l'insuffisance de la position de M. Amiaud. La société est propriétaire de biens qui représentent pour elles un *actif*. Il faut que quelqu'un ait fourni le moyen de les financer, et c'est l'aspect *passif* du problème. Or qui finance indirectement sinon directement, si ce n'est les ayants-droit à l'actif social ?

Rappelons pour mémoire que ce droit des membres de la collectivité sur le patrimoine de l'être moral ne peut se ramener ni à un droit de copropriété, ni à un droit de créance pur et simple, que le droit des actionnaires est pourtant actuel ; qu'il se chiffre à l'importance du patrimoine social, après apurement du passif à l'égard des tiers, et forme le passif interne collectif d'un rang inférieur au passif externe.

Ainsi toute ambiguïté est écartée. *Lorsqu'il est dit qu'un compte s'intègre dans le passif interne, cela signifie d'abord que la Société est propriétaire de biens pour une valeur égale et ensuite, mais ensuite seulement, que les associés ont un droit équivalent contre la personne morale.* Les deux choses sont liées au point que l'une ne peut exister sans l'autre. C'est pourquoi il n'est pas possible de nous reprocher d'avoir choisi comme qualificatif, celui concernant l'aspect passif du problème. Lui seul est typique. Et il ne peut se concevoir qu'à la condition que l'actif correspondant existe.

59. Ceci est vrai pour l'intégralité du passif interne. Il a cependant déjà été noté que ce passif ne forme pas un bloc monolithique, mais est composé d'une série de créances dont chacune a des caractéristiques propres, en particulier quant à sa date d'exigibilité.

Il convient de signaler à nouveau la différence qui existe sur ce point avec le cas de l'entreprise individuelle. Pour celle-ci en effet le chiffre de la situation nette n'est pas autre chose que la représentation de la propriété de l'entrepreneur. Il n'y a aucune raison de dissocier à l'intérieur du montant de l'actif net, la partie correspondant à l'investissement initial, et celle provenant de son augmentation. Tout au plus fera-t-on ressortir le chiffre du bénéfice annuel pour permettre au bilan de remplir l'une de ses fonctions de renseignement. La règle n'en reste pas moins de l'identité entre capital et la situation nette. Le capital investi dans l'entreprise n'est qu'une partie du patrimoine de l'industriel ou du commerçant. Celui-ci est libre d'en disposer, et *a fortiori* de l'organiser à sa guise.

Dans la Société par actions il en va différemment. Le capital social correspond à un fait juridique indépendant. Lors de l'étude qui a été faite¹, on a dû souligner son aspect actif et par là, le rôle qu'il assume à l'égard des créanciers externes : il leur sert de gage. Il n'est pas, en principe, au pouvoir des actionnaires de le réduire au-dessous du chiffre qu'ils ont publié. C'est en ce sens que l'on parle du *principe de fixité* du capital.

Ce principe a pourtant une autre conséquence qui va se manifester particulièrement à propos de notre matière. Il n'est pas possible, en effet, de mentionner au bilan de la Société sous la rubrique capital, la valeur de tout l'actif net. Les tiers seraient en droit d'exiger le maintien de l'avoir

1. Cf. *supra*, n° 31 et s.

social à ce nouveau chiffre. On aboutirait par ce biais à une véritable augmentation de capital à l'égard des tiers, les actionnaires perdant du même coup la possibilité de déclarer exigible cette partie du passif interne.

Le caractère juridique du capital a donc conduit à la concevoir comme une grandeur fixe, et possédant une existence juridique et comptable propre. Si l'actif social s'accroît, l'augmentation correspondante ne peut être enregistrée par ce compte, à moins que les actionnaires ne prennent une décision expresse à ce sujet¹.

60. Il est, en effet, dans le domaine des choses normales que l'actif social s'accroisse, puisque c'est pour cette raison, et à cette fin que la Société a précisément été constituée. C'est le but même du contrat de société. La fortune de celle-ci tend donc à dépasser toujours davantage le montant du capital social.

En théorie du moins, les associés devraient attendre la dissolution de la Société pour se partager le montant de l'augmentation de richesses, résultat de l'activité de l'entreprise. Pratiquement, il en va différemment ; l'existence de la société est divisée en un certain nombre d'exercices à la fin desquels on détermine si le patrimoine net s'est accru ou non. Cet accroissement calculé en valeur absolue l'est aussi par référence au chiffre du capital social. On ne peut considérer qu'il y a enrichissement si les actionnaires ont par exemple fait en cours d'année des apports supérieurs au montant de la plus-value globale.

Il existe d'une manière de plus en plus renforcée un droit au dividende, c'est-à-dire à la répartition du bénéfice réalisé. Mais la façon dont est calculé le bénéfice d'exercice a fait ressortir qu'il peut se produire des variations dans la situation nette de l'affaire qui ne se répercutent pas sur le montant des profits. Il convient donc de retenir cette première idée que l'actif net et donc le passif interne, peuvent s'accroître sans que les bénéfices d'exercice enregistrent cette augmentation. Il n'en reste pas moins que dans cette hypothèse, il existe une créance interne distincte du capital. La principale différence qui la sépare des bénéfices d'exercice consiste en ce que la question de sa mise à exigibilité n'est pas posée devant l'assemblée ordinaire annuelle. Elle relève parfois de la compétence de l'assemblée extraordinaire, et il faut, en tous cas, une proposition spéciale des administrateurs pour qu'il en soit discuté lors d'une assemblée.

L'essentiel de l'augmentation de l'actif net ressort cependant, dans la majorité des cas, dans le chiffre du bénéfice arrêté chaque exercice. Le principe du droit au dividende exigerait que l'intégralité de ces profits soit mise en distribution, en sorte que l'actif net tendrait toujours à se maintenir au niveau du capital social. En fait les choses se passent différemment. Tout d'abord le législateur lui-même oblige les actionnaires à retarder l'exigibilité d'une partie du bénéfice pour constituer avec le surplus une réserve. Il y aura bien dans ce cas une créance interne qui continuera d'exister même contre la volonté opposée des intéressés. Dans d'autres

1. A ce propos il importe de bien remarquer que l'opinion qui voit dans les bénéfices des fruits et dans leur conservation par la Société une capitalisation, ne doit pas être comprise comme prétendant qu'il y a transformation en capital, au sens strict du droit des sociétés, mais au sens général opposant capital et revenus.

cas, ce seront les associés eux-mêmes qui prendront librement la décision de ne pas répartir l'intégralité de l'augmentation d'actif net. La créance interne qui aurait pu normalement être déclarée exigible, et que l'on appelait alors bénéfice, subsistera avec une exigibilité généralement indéterminée. Elle viendra également se placer à côté du capital.

61 Il ne faut pas perdre de vue enfin le rôle important que vont jouer les règles d'établissement du bilan. Celui-ci est le résumé de l'inventaire social, il doit donc comprendre une énumération complète de tous les biens et dettes de la Société. Il doit au surplus contenir une évaluation sincère. Les biens de l'entreprise doivent figurer au maximum pour leur prix de revient. C'est là sans doute un procédé quelque peu arbitraire, néanmoins seul admissible en l'état de notre droit positif. Il s'explique par le fait que pendant la vie sociale, le document à soumettre aux actionnaires est un bilan d'exploitation et non un bilan de liquidation.

La conséquence principale en découlant va apparaître évidente. Certains éléments d'actif auront pu acquérir une plus-value considérable. Cette augmentation de valeur apparaîtra à la liquidation. Pendant l'existence même de la Société, par contre, il sera rarement possible de la révéler, en particulier tant que le bien restera dans le patrimoine collectif.

On sera alors en présence d'une augmentation de l'actif que les associés ne pourront révéler pour l'appréhender.

Dans la mesure où l'actif net se sera accrue, il y aura une créance interne correspondante. Mais cette créance interne ne pourra figurer au bilan, et par suite les associés seront obligés d'en retarder l'exigibilité. Il y a donc dans cette hypothèse, par suite des règles d'établissement du bilan, un accroissement du passif interne, dont la société profitera, malgré la volonté contraire des associés.

Cette conséquence peut paraître choquante à première vue. Elle peut pourtant s'expliquer dans la mesure où l'on considère le passif interne comme la représentation des capitaux propres de l'entreprise. Il n'est nécessaire, en effet, d'avoir les moyens de financer l'actif qu'au moment où des biens vont y entrer. Une fois que ces biens sont intégrés dans le patrimoine social, ce n'est pas parce qu'ils auront augmenté de valeur intrinsèque qu'il sera nécessaire de trouver de nouveaux fonds pour financer cette plus-value. Ceci est vrai que l'augmentation soit réelle ou purement nominale.

Au contraire, il y a quelque chose d'anormal si l'on veut voir dans le passif interne la mesure des droits des associés sur le patrimoine social. Encore convient-il de le souligner, cette mesure ne serait possible qu'à la condition que les évaluations soient faites sur la base des valeurs de liquidation. Ce qui est impossible comme il a été indiqué à maintes reprises.

62. Suffisamment d'éléments sont connus pour préciser la notion de réserves. Un résumé rapide des points acquis facilitera la tâche.

1^o *L'actif net* représente l'ensemble des biens que la Société possède et qui ne sont pas nécessaires pour couvrir ses dettes actuelles.

A cet actif net correspond le *passif interne*.

2° Le chiffre de l'actif net ne peut- être ramené à une valeur inférieure au capital social, gage des créanciers sociaux.

Le passif interne comprend ainsi une fraction dont l'exigibilité est retardée jusqu'à la dissolution de la Société.

3° Le surplus du passif interne, correspondant au reste de l'actif net, a lui même un degré d'exigibilité variable.

L'accroissement d'actif net apparaissant chaque année donne naissance à une créance de passif interne spéciale : le bénéfice d'exercice. Ce dernier est normalement destiné à être réparti entre les associés. Toutefois, son exigibilité immédiate n'est pas automatique ; le législateur peut écarter la volonté des associés et interdire que tout ou partie de la créance soit déclarée exigible. Les associés peuvent également, de leur propre chef, retarder cette exigibilité.

De même, les règles d'établissement du bilan interdisent de révéler certains accroissements de l'actif net. Il en découle que les associés sont impuissants à déclarer exigible la créance correspondante.

Les deux aspects actif et passif des réserves apparaissent ainsi nettement comme distincts et complémentaires.

Du premier point de vue on ne peut que faire sienne la définition que donne M. Amiaud. Mais il convient en même temps de souligner le caractère passif des réserves. Dans cette perspective elles se définissent ainsi.

Les réserves sont la partie du passif interne qui excède le capital social et dont l'exigibilité est retardée avec ou sans le consentement des associés.

63. Il est bien évident que pour déterminer la nature exacte d'un compte c'est à cette définition qu'il faut se référer. Le nom qu'il aura pu recevoir ne doit laisser préjuger en rien sa véritable qualification. Certaines « provisions » pourront être en réalité des réserves, et certaines « réserves » ne pas mériter cette appellation.

Un exemple typique, et à propos duquel il pourrait être dangereux de faire une confusion, celui des Société d'assurances¹, le montrera.

L'article 11 du décret du 30 décembre 1938 dispense expressément les Sociétés par actions du prélèvement prévu par l'article 36 de la loi du 24 juillet 1867. Il est remplacé par un prélèvement effectué sur les primes encaissées pour les opérations de capitalisation et de répartition. Les articles 8 et 9 du décret prévoient le montant minimum de ces réserves de garantie (chiffre qui est différent selon le type d'opérations effectuées). Mais dans tous les cas il s'agit de *charges* d'exercice. La création de ces « réserves » est absolument indépendante de l'augmentation de l'actif net.

Aux termes de l'article 149 du même décret, la constitution de certaines *réserves dites techniques*, est également obligatoire. Ce sont essentiellement les *réserves dites mathématiques* enregistrant la différence entre les valeurs actuelles des engagements respectivement pris par l'assureur et par les assurés. Ce n'est rien d'autre que la dette contractée par la compagnie envers ses assurés, déduction faite du montant des primes non encore

1. Pour une étude plus complète de la législation concernant les Sociétés d'assurance : cf. P. SUMIEN, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 7^e éd., 1957.

échues dont les assurés sont débiteurs. En d'autres termes, ce compte représente la partie de sa dette dont la Société doit déjà posséder la contre partie puisqu'elle a reçu les primes correspondantes. Il n'est donc pas possible d'y voir un actif net pour la Société.

Cela ressort très nettement depuis la réforme de 1938. Chaque « réserve » est pour ainsi dire découpée dans le bilan, aussi bien dans l'actif que dans le passif.

Ces « réserves » destinées à faire face à une dette sociale actuelle à court ou à long terme, prélevées obligatoirement sur les primes et les cotisations, apparaissent plutôt comme de véritables provisions¹.

64. Enfin il reste un dernier problème sur lequel il faut revenir : celui de la nature juridique de ces comptes. Contiennent-ils des fruits ou au contraire correspondent-ils à un capital ?

Deux conceptions sont possibles qui, partant de points de départ opposés aboutissent au même résultat : à savoir que les réserves constituent du capital.

Ou bien en effet, on considère que tout accroissement de la situation nette est en elle-même un capital. Ou bien au contraire, on analyse cet accroissement comme des fruits, qui se trouvent capitalisés du fait de leur maintien à la disposition de la Société. Cette dernière explication n'est d'ailleurs pas entièrement convaincante. Dans la mesure où le phénomène de capitalisation a pour fondement la volonté présumée des associés, il n'est pas possible d'accueillir ce point de vue pour les réserves constituées en l'absence ou même contre la volonté des associés.

Le problème posé en ces termes l'est-il correctement ? Il est permis d'en douter. C'est essentiellement lorsque les associés veulent retirer de l'entreprise les sommes correspondant à l'augmentation d'actif net au-delà du capital social, que l'on doit s'interroger sur la nature de ce retrait, ou plus encore que sur cette nature, sur celle de l'encaissement opéré par les ayants-droit.

A priori, du côté de la Société, comme de celui des actionnaires, on pourrait penser qu'il s'agira toujours de Capital. C'est vrai dans la majorité des cas : c'est une partie des capitaux propres de la Société qui disparaît. Il convient pourtant de ne pas poser de solution de principe. La volonté individuelle joue un rôle beaucoup trop important quant à la qualification des fruits et des produits, pour admettre, sans discussion de chaque cas particulier, une réponse identique. Il y a évidemment un élément subjectif très important qui est introduit. Pour l'apprécier, il faut envisager le point de vue de la collectivité des associés puisqu'il s'agit d'une créance interne qui est collective, et non la volonté individuelle de chaque actionnaire.

1. Sur les conséquences à en tirer, notamment au point de vue fiscal : cf. Cons. préf. Caen, 23 juin 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.II, p. 166.

TITRE SECOND

LES DIFFÉRENTS COMPTES DE RÉSERVES LEURS CLASSIFICATIONS

65. La définition des réserves a permis de voir que sous cette qualification certains comptes usurpaient le titre qui leur était donné. Il n'est pas possible de se fier dans tous les cas à l'appellation conférée à certains postes du passif.

Inversement, il n'est pas étonnant de constater que certains comptes qui sont en fait des réserves, ne sont pourtant pas dénommés ainsi. L'explication de ce phénomène est simple. Le terme de réserves est le plus souvent appliqué aux postes enregistrant une rétention de bénéfices d'exercice dans le patrimoine social. C'est même là une définition très courante des réserves. Certains ont pourtant aperçu qu'il existe une grande ressemblance avec d'autres comptes de passif interne. Aussi ont-ils donné le nom de « comptes apparentés aux réserves » à ceux qui sont en fait des réserves, mais n'en portent pas le nom. L'exemple le plus caractéristique est celui des primes d'émission d'actions en cas d'augmentation de capital. Il y a augmentation de l'actif net au-delà du capital social, par définition même, et pourtant cette augmentation est soustraite à la distribution annuelle.

La nomenclature des comptes de réserves est extrêmement longue et variée. Chaque entreprise a le plus souvent, surtout dans le passé, choisi une terminologie particulière. Pour ne reprendre que l'exemple des primes d'émission, certaines Sociétés les dénomment « Réserves de primes d'émission » et d'autres seulement « Primes d'Emission »¹.

Le Plan Comptable de 1957 ne distingue pas moins de huit catégories de réserves portant cette dénomination. Ce sont les réserves légale, — statutaires et contractuelles, — provenant de subventions d'équipement²,

1. Pour quelques exemples : cf. DALLAGE, *op. cit.*, n° 413.07 et 413.08, p. 331 et s.

2. Les subventions accordées par des collectivités publiques à des entreprises industrielles ou commerciales posent en effet un certain nombre de problèmes juridiques. Le sort de ces subventions dépend des conditions posées ou des engagements demandés. Si ces subventions ont pour but de maintenir le prix de vente des produits à un taux inférieur à celui qui serait normal, elles s'imputeront sur les résultats de l'exercice par

— facultatives, — de renouvellement des immobilisations, — de renouvellement de stocks, — spéciale de réévaluation, — correspondant à la participation de l'Etat aux dommages de guerre.

Il y a d'ailleurs un progrès certain par rapport aux errements anciens, qui qualifiaient certains de ces comptes du nom de provisions, en les classant parmi les comptes apparentés aux réserves.

66. Une fausse réserve, deux provisions, trois réserves, une dotation... Cet inventaire d'un nouveau genre n'est pas plus plaisant qu'original. La nomenclature d'un tel catalogue n'est pas davantage instructive. Ce qui suffit amplement pour la condamner sans appel. Il existe un critère de l'existence des réserves. Dans chaque cas particulier la réponse doit être assez facile à trouver de savoir si l'on est ou non en présence d'une véritable réserve. En dresser la liste est fastidieux et inutile.

Cela ne signifie pas pour autant que, la notion de réserve étant unique, tous ces comptes, quelque dénomination qu'on leur ait attribuée, sont identiques entre eux. Il y a là une vérité qui n'a pas échappé à ceux qui avant nous se sont penchés sur la question.

Il est nécessaire de regrouper les réserves en fonction de certaines idées différentes pour aller plus au fond des problèmes qui restent à résoudre. Seule une présentation systématique des réserves, leur classification en plusieurs catégories permet de mieux comprendre à quels besoins elles correspondent, comment elles seront créées, par quoi elles seront représentées. Leur mode de disparition peut même dans une certaine mesure s'expliquer par le groupe auquel elles appartiennent. En bref, toute la vie des réserves de leur naissance à leur mort sera régie par des principes ou des règles différentes selon la classe dans laquelle ces postes se rangeront.

Les tentatives en ce sens ont été nombreuses. L'esprit cartésien que l'on s'accorde à reconnaître ou à prêter aux Français, en général, et aux juristes plus spécialement, ne pourrait s'accommoder de l'imbroglio d'une énumération disparate.

Poser le problème n'est pas tellement ardu. Sa formulation s'impose à l'esprit.

Le résoudre est bien moins simple. Quel critère adopter qui soit satisfaisant ? Pour qu'il le soit, il faut qu'il permette d'englober sous l'une ou l'autre rubrique la totalité des réserves et autres comptes apparentés. Il faudrait aussi que cette classification ne soit pas opérée seulement dans un but de systématisation apparente, alors qu'en fait elle ne correspondrait pas à grand chose sur le plan de la constitution ou du régime des comptes ainsi regroupés.

Deux critères ont été successivement ou cumulativement employés à titre principal. Le fait même que les classifications traditionnelles sont

le compte de Pertes et Profits. S'il s'agit par contre de subventions d'équipement tout dépend de l'obligation faite à l'entreprise d'assurer le renouvellement du matériel. Dans un cas le financement est purement temporaire et les subventions disparaîtront progressivement par le compte de pertes et profits pour tenir compte de la dépréciation. Dans l'autre cas le financement est définitif, les amortissements sont imputés sur les bénéfices de l'entreprise, l'augmentation d'actif est stable, aussi les subventions sont-elles alors virées à un compte de réserves.

multiples et se recourent l'une l'autre semble indiquer qu'aucune solution n'a réuni l'unanimité, et n'apporte la clarté souhaitable.

67. L'étude de ces différentes classifications s'impose donc. La confrontation des diverses catégories, et sous-catégories aura pour résultat de montrer si les tentatives de présentation systématique peuvent apparaître suffisantes. Dès le départ on peut certes en douter. Encore faut-il établir que ce doute se révèle fondé.

S'il doit ressortir de cette analyse qu'elle ne traduit que trop imparfaitement la réalité, comme on le pressent, il faudra alors rechercher un autre critère de classement, évitant les lacunes décelées. Une autre classification devra être proposée.

On étudiera dans les deux chapitres de ce titre :

- Les classifications traditionnelles.
- La classification proposée.

CHAPITRE PREMIER

LES CLASSIFICATIONS TRADITIONNELLES

68. La vie des affaires est essentiellement mouvante. Les impératifs économiques agissent fortement sur le comportement des entreprises, d'une manière générale, et des sociétés plus spécialement, puisque toutes les firmes de quelque importance tendent à adopter la forme sociétaire. Les nécessités de la pratique exigent une adaptation constante des formes juridiques. Le phénomène a une portée très large, dépassant de beaucoup le cadre de cette étude. Sur ce point particulier il n'y a qu'une manifestation supplémentaire qui se refléchit dans la multiplication des réserves.

Les classifications que l'on a pu établir à un moment donné tendent à devenir rapidement périmées. L'accroissement du nombre des comptes de réserves a pour corollaire inéluctable celui des sous-distinctions, au détriment de la simplicité.

Dans toute la mesure du possible, le respect de deux idées de base a semblé s'imposer à ceux qui ont tenté d'opérer ces classifications.

Ces deux idées se rattachent d'ailleurs à celle plus générale de la constitution des réserves. Pour cette constitution il est nécessaire de respecter un certain processus. C'est à lui que l'on peut ramener le premier critère proposé : *l'origine* de ces comptes. Cette appellation est imparfaite, car derrière l'origine se cache souvent le *but* de la création des réserves. Ce but est le deuxième critère utilisé pour les différencier entre elles.

Il paraît préférable pour éviter toute ambiguïté de parler d'un *critère formel* dans le premier cas, *matériel* dans le second, bien que ce ne soit pas les expressions utilisées couramment. Cette terminologie a de plus l'avantage, selon nous, de coïncider avec l'analyse des réserves.

Le *critère formel* est lié à l'*aspect passif* de ces comptes. Il est fonction des procédés employés pour augmenter les moyens de financement de la Société. Il utilise les règles qui s'y appliquent : compétence de l'organe constituant les réserves, contenu même des comptes.

Le *critère matériel* est lié à l'*aspect actif* de l'augmentation des moyens de financement. Cet accroissement ne se manifeste pas toujours de la même manière, tant s'en faut, dans la composition de l'actif social. Suivant

le but recherché en demandant aux actionnaires de laisser une partie du passif interne à la disposition de la Société, il en est fait en principe, un emploi différent.

Il importe avant d'entreprendre l'étude des classifications établies d'après ces deux considérations, de bien souligner que celles-ci n'apparaissent pas aussi clairement dans l'exposé qu'en ont fait les auteurs qui s'y rangent. Nous ne pensons pas pourtant dénaturer leur pensée, mais apporter un élément de compréhension supplémentaire.

§ 1. — *Critère formel — Classification des réserves d'après leur origine*

69. Pendant longtemps une distinction qui apparaissait fondamentale, a suffi à différencier les diverses réserves qui pouvaient exister. Le ^{xix}^e siècle a été placé sous le signe du libéralisme économique et juridique. La liberté avait été la grande conquête de la Révolution. Sa manifestation sur le terrain du droit a été marquée par la prédominance de l'autonomie de la volonté. Le contrat était la loi des parties, avec toute la force du terme. Le législateur ne devait intervenir que très rarement. La contrainte des règles dont il imposait le respect, ne pouvait être que l'exception, le principe restant la liberté des conventions.

Il se trouve qu'en notre matière les pouvoirs publics ont imposé très tôt l'observation de normes juridiques. Il a fallu, en fait dès 1818, que les Sociétés mettent en réserve une partie des bénéfices qu'elles réalisaient. Les interventions du législateur en 1863 et 1867 ont maintenu cet état de choses. La portée de cette réglementation est restée assez limitée.

Très tôt aussi est apparu le besoin de retenir dans l'actif social certains biens dont les associés auraient pu demander la réalisation en vue de se partager le prix. Les impératifs de la vie commerciale et industrielle ont toujours exigé que l'on procédât ainsi. Le fondement juridique de ces prélèvements n'est cependant pas le même : ils trouvent leur source dans la convention dans l'optique de cette époque.

La première distinction qu'il y a donc lieu de faire est celle du *fonds de réserve légal* et des *réserves complémentaires*¹ créées par la libre décision des associés. Ces réserves complémentaires sont encore dites *facultatives*².

Comme le note M. Amiaud cette distinction ne signifie nullement que la réserve légale réponde à une notion spéciale. Elle indique seulement qu'elle se présente toujours identique à elle-même dans les diverses sociétés. Les autres comptes de réserves constitués librement, le sont au contraire avec les modalités les plus diverses selon les sociétés³.

70. Les réserves facultatives s'opposent donc au fonds de réserve légal, par leur origine juridique, tirée respectivement de la convention au sens

1. Cf. p. ex. : AMIAUD, *op. cit.*, n° 24, p. 39 ; FOLLIET, *op. cit.*, p. 315 et s., JOFFROY, *op. cit.*, p. 50 et s.

2. Le qualificatif de facultatives est parfois pris dans un sens différent, à propos d'une seconde distinction à l'intérieur des réserves complémentaires.

3. Ceci n'est d'ailleurs plus vrai que dans la mesure où il ne s'agit pas de réserves à base fiscale.

large, et de la loi. Il n'est pas paru possible néanmoins de considérer que le groupe des réserves complémentaires présente une unité suffisante.

La manifestation de volonté qui est supposée à la base même de la constitution de ces comptes, peut revêtir deux formes qui tendent à les opposer plus qu'à les rapprocher. Ou bien elle présente un caractère de permanence, ou bien elle est purement occasionnelle.

La permanence résulte du texte même de la loi intérieure. Celle-ci peut prévoir que l'augmentation d'actif net qui constituerait normalement le bénéfice d'exercice, et devrait donc être distribuée entre les ayants-droit, ne subira ce sort que partiellement. Un prélèvement est effectué chaque année pour alimenter un compte de réserves. Celui-ci est alors qualifié de *statutaire*, puisque ce sont les statuts qui règlent sa constitution.

Le caractère occasionnel est évident lorsqu'en dehors des prescriptions légales ou statutaires, l'assemblée générale des actionnaires décide de ne pas répartir l'intégralité des bénéfices et d'en laisser une partie à la disposition de la société. Il y a alors une décision libre des associés prise en raison de considération particulières dans chaque cas. La constitution des réserves ne constitue pas un acte habituel, d'où le nom de réserves *extraordinaires* qui leur est donné¹.

Cette distinction n'a pas toujours été faite. Elle est pourtant importante surtout dans l'analyse traditionnelle, qui tend à lier étroitement la notion de réserve et celle de bénéfices accumulés. Même dans une conception plus générale des réserves, il est certain qu'on ne pourrait que très difficilement classer sous une même rubrique ces différentes sortes de comptes.

71. Cette classification tripartite a pu apparaître pendant longtemps comme la *summa divisio* des réserves, malgré les difficultés inhérentes à certains comptes apparentés.

Avec la première guerre mondiale sont apparus deux phénomènes jusqu'alors inconnus et qui ont modifié profondément l'économie de notre matière : la taxation à des taux de plus en plus élevés des bénéfices réalisés par les sociétés, et la dévaluation incessante de la monnaie.

Les prix s'élevant d'une manière à peu près ininterrompue, il en est résulté pour toutes les entreprises une augmentation en grande partie purement nominale des bénéfices. Leur imposition dans des conditions de plus en plus lourdes entraînait par voie de conséquence une véritable perte de substance du patrimoine social. Pour pallier cet inconvénient, il a été nécessaire de considérer certains bénéfices, qui économiquement n'étaient sûrement pas des profits, comme ne présentant pas davantage ce caractère aux yeux du fisc, malgré la fiction de la valeur constante de l'étalon monétaire.

Le législateur a consenti à ne pas faire porter l'impôt sur ce « bénéfice », à la condition que celui-ci ne soit pas distribué. Il s'en est suivi la constitution de réserves, puisqu'il y avait augmentation de la valeur de l'actif net. De nouvelles subdivisions de la situation nette sont alors apparues

1. A raison de la liberté de choix des associés qui ne sont pas tenus de décider cette constitution, ces réserves sont dites parfois facultatives ou supplémentaires parce qu'elles s'ajoutent aux autres réserves.

au bilan avec les « Provisions pour renouvellement du matériel et de l'outillage », prévues par les décrets des 2 mai 1938 et 13 février 1939.

D'autres textes sont intervenus ensuite pour compléter ce régime et l'étendre aux stocks en particulier. L'ordonnance du 15 août 1945 enfin ayant prévu et organisé la révision des bilans, a provoqué l'apparition d'une nouvelle rubrique au bilan, la réserve spéciale de réévaluation.

L'ampleur du phénomène, le caractère strict des conditions dans lesquelles ces réserves peuvent être créées, ont tout naturellement conduit à y voir une nouvelle catégorie de ces postes : les réserves fiscales ou à bases fiscales¹. Le qualificatif de « classique » a été donné aux autres réserves mentionnées plus haut.

Il pourrait sembler que cette distinction soit trop absolue, et qu'on est seulement en présence d'une variété de réserves complémentaires. Cette assimilation ne correspond pourtant pas exactement à la réalité. Si les associés sont libres, en effet, de décider ou non le maintien à la disposition de la société de cette partie de l'accroissement de l'actif net, ils doivent respecter pour en fixer le quantum et éventuellement l'affectation, des règles imposées par le législateur. Aucune dérogation n'est possible, sous peine de perdre les avantages fiscaux. Au surplus, cette dérogation ferait sortir du domaine des réserves à bases fiscales, pour rejoindre celui des réserves complémentaires.

72. Toutes les réserves dont on a parlé jusqu'à présent, qu'elles soient légales, complémentaires ou fiscales ont un point commun qui les rapproche : elles apparaissent au bilan. Les actionnaires, comme les tiers, ont donc connaissance de l'existence d'une ou plusieurs créances du passif interne qui n'ont pas été déclarées exigibles.

Or, pour différentes raisons, restant à déterminer, l'actif net social a pu s'accroître en valeur, sans que cette augmentation ait été révélée par le bilan de l'exercice au cours duquel elle s'est produite. La conséquence évidente de cette non révélation est que les associés n'ont pu décider la répartition des plus values correspondantes. Celles-ci resteront à la disposition de la Société, sans pour autant figurer au bilan.

A cette double hypothèse correspond une classification qui a été proposée, en *réserves apparentes*, d'une part, et *réserves occultes* ou *cachées* ou *latentes* d'autre part².

Certains auteurs, tel Folliet³, estiment que la classification ne correspond plus alors à l'origine des réserves, mais plutôt à leur mode de présentation dans le bilan. Le critère n'est pourtant pas différent dans les deux cas. Pour les réserves occultes, en particulier, il y a bien au départ une différence d'origine. Ce ne sont pas les actionnaires qui ont pris la décision officielle de maintien dans l'entreprise de certains éléments. N'est-ce pas

1. Cf. DALSACE, *op. cit.*, qui étudie successivement capital et réserves classiques, puis réserves à bases fiscales. THIELLAND *op. cit.*, p. 128, ne considère les réserves résultant de dispositions fiscales que comme une rubrique supplémentaire dans laquelle il ne fait pas entrer la réserve de réévaluation.

2. Notons que M. AMIAUD, s'il consacre de longs développements à ces réserves, n'a pas jugé utile de les mentionner comme une catégorie spéciale dans la classification qu'il fait.

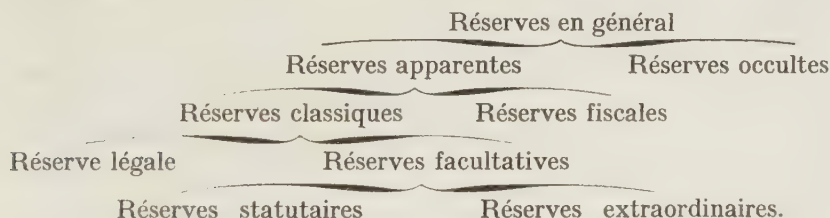
3. FOLLIET, *op. cit.*, p. 315 et s.

une différence d'origine qui est simplement plus marquée que dans d'autres cas ? Le fait que les réserves figurent ou non au bilan n'est que la manifestation extérieure de cette disparité des points de départ. Donc, loin de voir un critère différent, il convient au contraire d'admettre, que le critérium reste essentiellement formel.

Ici encore, la tentation pourrait être grande de ne voir dans ces réserves occultes qu'une variété de la catégorie des réserves complémentaires. Il ne faut pas être séduit par cette simplification apparente. Le groupe des réserves facultatives deviendrait de la sorte hors de proportion avec la réserve légale. Mais surtout, il comprendrait une mosaïque de créances de passif interne, n'ayant entre elles qu'un lien beaucoup trop étroit et artificiel. L'utilité de la distinction perdrait le plus clair de son intérêt. Il y a des différences trop fondamentales entre réserves apparentes et occultes pour les regrouper dans un même bloc.

73. Le critère formel a donné un grand nombre de renseignements sur les réserves. Il a permis de voir que de multiples distinctions doivent être opérées. L'étude de cette fraction du passif interne faite sur ces bases se révélerait bien complexe puisqu'il faudrait envisager successivement : la réserve légale, les réserves statutaires, les réserves extraordinaires, les réserves nées de dispositions fiscales et les réserves occultes, en étant amené par suite à de très nombreuses répétitions.

Un tableau succinct permettra de mieux saisir le problème posé sous cette forme.



§ 2. — Critère matériel : classification des réserves d'après leur but

74. Les classifications qui ont été données en fonction du caractère formel de la constitution visaient essentiellement l'aspect passif des comptes de réserves : quelle est l'origine des rétentions de l'accroissement de l'actif net ?

Il est possible d'envisager également l'aspect actif de l'apparition de ces mêmes comptes. La question à résoudre est alors liée au problème de la représentation matérielle de cette partie du passif interne¹.

1. L'exposé de ces classifications ne fait pas toujours ressortir ce problème aussi clairement. L'accent est plutôt mis sur l'aspect subjectif de la décision de maintien à la disposition de la Société. Il est bien certain pourtant que c'est dans la composition de l'actif que se manifestera le but poursuivi. La question de savoir s'il n'y a pas là une vue de l'esprit qui sera contredite par les faits est un autre problème qui sera à étudier au chapitre consacré à la représentation matérielle des réserves.

Pour cela une distinction fondamentale doit être opérée entre *réserves spéciales* et *réserves générales*¹.

Les premières sont constituées dans un but déterminé. Ce sont par exemple : la réserve pour renouvellement du matériel, la réserve pour péréquation des dividendes.

Les secondes au contraire seraient sans but déterminé. Il ne faut d'ailleurs pas se tromper sur le sens de ces mots. Ces réserves ont une raison d'être tout comme les autres. Il faut seulement comprendre que le motif de leur création procède d'un caractère plus général. Il en découle que la représentation dans l'actif peut ne pas consister en certains biens précis. Le type de ces réserves est la réserve légale. Les réserves complémentaires rentrent par contre indifféremment dans l'une ou l'autre catégorie.

La distinction paraît à première vue assez simple et claire. En fait, elle l'est beaucoup moins. Pour chaque cas, il faut se livrer à une recherche d'intention, qui n'est pas évidente le plus souvent. Et il est en outre nécessaire de rechercher un lien entre ces comptes de passif interne et certains biens de l'actif. C'est une entreprise bien délicate...

Pour cette raison la plupart des auteurs n'envisagent que la recherche des mobiles de la constitution des réserves. La majorité de la doctrine, suivant en cela M. Amiaud, considère qu'à ce point de vue les réserves peuvent procéder de trois idées principales : idée de prévoyance, idée d'extension de l'entreprise, idée de protection des actionnaires².

75. Lorsqu'elle impose la constitution d'un fonds de réserve, la loi s'inspire, a-t-on dit, de l'*idée de prévoyance*. L'intérêt des créanciers, comme celui des associés exige un renforcement de la solidité économique de l'entreprise. Le meilleur moyen de parvenir à ce résultat est d'augmenter l'actif net social au-delà du capital. Il se crée à côté de celui-ci une première ligne de défense en général suffisante pour éviter que le capital social lui-même ne soit entamé. C'est donc en prévision de pertes futures éventuelles que ces réserves sont créées. Elles méritent bien d'être classées parmi les réserves de prévoyance.

La réserve légale dont la constitution est lente, et le taux final peu élevé, est insuffisante, et incapable de remplir correctement cette fonction de protection. Ainsi les statuts peuvent-ils, dans la même perspective, stipuler la formation d'autres fonds de réserves. Rien n'empêche, au surplus, l'assemblée des actionnaires d'avoir les mêmes préoccupations, lorsqu'elle décide de ne pas répartir l'intégralité des bénéfices d'exercice.

Cet aspect a semblé particulièrement important à certains auteurs. D'aucuns en font même un élément de la définition des réserves qui seraient les prélèvements opérés sur les bénéfices, dans l'intention de faire face à des pertes futures et problématiques³.

1. Cf. FOLLIET, *op. cit.*, p. 339. THIELAND, *op. cit.*, p. 141.

2. AMIAUD, *op. cit.*, nos 27 et s., p. 42 et s., JOFFROY, *op. cit.*, p. 61 et s., nous nous bornerons ici à rappeler les positions traditionnelles, en signalant au passage ce qu'elles peuvent présenter de désuet. Pour une étude plus détaillée de ces problèmes dans leur contexte actuel. Cf. *infra*, nos 92 et s.

3. JOFFROY, *op. cit.*, p. 34 et s. Cet auteur admet d'ailleurs plus loin (p. 61 et s.) que les buts peuvent être différents de la seule idée de prévoyance. On doit donc admettre une modification implicite de cette définition. Il n'en reste moins pas qu'elle est révélatrice de l'importance accordée à l'idée de prévoyance.

Ces comptes ont le plus souvent un caractère général. Ils sont destinés à couvrir les pertes d'exercice, en période de récession par exemple. Mais certaines pertes spéciales peuvent être prévisibles et les réserves devant y faire face peuvent avoir alors un caractère spécial. *A priori*, cette affirmation peut paraître surprenante. Dès l'instant en effet où une perte est assez proche et assez certaine, ne doit-on pas en tenir compte dans l'établissement de l'inventaire, par son appréciation dans les provisions ? Non, car ces comptes ne peuvent être établis que dans des conditions assez strictes, et doivent notamment être dotés en fonction du prix de revient des éléments dépréciés. Or, en période d'instabilité monétaire il est fréquent qu'aucune perte ne se révèle en valeur, alors que pourtant il existe sur le plan économique des pertes dites de substance.

Les réserves de prévoyance ont longtemps correspondu à la mentalité du bon père de famille. Etre prévoyant, c'était être économe, c'était mettre de côté, comme dans une tire-lire, des sommes destinées à parer tout événement fâcheux.

Avec les dévaluations monétaires ce comportement ne se justifie plus. Il faut se prémunir contre les diminutions du potentiel de l'entreprise. C'est pour y faire face que sont apparues les provisions pour renouvellement, appelées aujourd'hui avec plus d'exactitude, réserves pour renouvellement. Le jeu normal de l'amortissement ne permet pas à l'entreprise de conserver l'intégralité de son matériel, ou du stock indispensable de matières premières et de marchandises. Elle doit renoncer au moins partiellement à les remplacer (à moins ce qui est très aléatoire, de trouver au-dehors les moyens de financement nécessaires pour compenser la différence entre le prix de revient des biens hors d'usage et le coût du remplacement). Sa capacité de production en subit obligatoirement le contre-coup. Il est donc indispensable de conserver dans le patrimoine social certains biens que l'on puisse réaliser ensuite pour faire les achats nécessaires.

Il convient de noter l'évolution qui s'est produite dans la notion même de prévoyance. Les pertes dont on veut éviter l'arrivée sont moins des pertes de valeur nominale, que des pertes de substance. Le problème s'est déplacé du qualitatif ou quantitatif.

Dans la politique de constitution des réserves ce changement s'est également fait sentir. L'idée de prévoyance n'aboutit pas à créer un trésor de guerre, mais des réserves de renouvellement, et ce d'autant plus que la dépréciation monétaire est plus accentuée. Ces réserves sont d'autre part, spéciales et non plus générales puisqu'elles visent à éviter des pertes de substance précises. Elles doivent permettre le remplacement des actifs correspondants.

76. Le simple but de prévoyance qui était celui poursuivi sous le règne du franc de germinal s'est avéré insuffisant en face de la dépréciation de l'unité monétaire et les réserves constituées dans ce but, se sont rapidement révélées incapables de jouer un rôle dans *l'extension de l'entreprise*. Tout au plus, pouvaient-elles en assurer le maintien.

Ce maintien est bien sûr indispensable, mais il est insuffisant en soi. C'est un fait bien connu qu'une entreprise qui ne se développe pas, risque fort de connaître de graves difficultés à plus ou moins brève échéance,

même si apparemment sa clientèle et son chiffre d'affaires demeurent inchangés. D'ailleurs ne dit-on pas qu'elle est alors en perte de vitesse, symptôme peu rassurant.

La prévoyance est nécessaire ; elle n'est pas suffisante. Il faut davantage pour assurer l'avenir : la société doit s'étendre. Il n'est pas paradoxal, dans ces conditions de soutenir que la meilleure politique de prévoyance est celle qui permettra à l'entreprise de développer ses activités. Pour parvenir à cette fin, différents moyens sont à la disposition de la collectivité des associés : rechercher des capitaux étrangers ou accroître les capitaux propres. Cette dernière solution peut faire elle-même l'objet de deux alternatives. Les actionnaires peuvent soit apporter de l'argent frais, soit renoncer à se répartir les augmentations de l'actif net.

La même possibilité se présentait déjà pour compenser les pertes de substance de l'entreprise, que ce soit dans un dessein de prévoyance au sens strict, ou d'extension de l'entreprise, c'est-à-dire de prévoyance au sens large, le résultat recherché est obtenu par l'augmentation des capitaux propres, augmentation puisée par la Société dans sa propre activité. En bref, le but est atteint par l'*autofinancement*. Les modifications économiques des vingt dernières années ont donné une telle importance à ce phénomène que l'on serait tenté dans la classification envisagée de substituer le terme d'autofinancement à ceux de prévoyance et d'extension de l'entreprise, encore qu'une différenciation ne soit pas impossible.

Pour revenir aux réserves destinées plus particulièrement au développement de l'entreprise, elles sont en général sans affectation spéciale. Les administrateurs sont libres de modifier la composition interne de l'actif social dans le sens et de la manière qui leur semblent les plus aptes à atteindre le résultat souhaité. Il n'est pas inconcevable pour autant qu'une affectation précise soit donnée à l'une ou l'autre de ces réserves. Les actionnaires voulant par exemple s'assurer que le sacrifice consenti ne sera pas détourné de son objet, pourraient prévoir l'acquisition d'un immeuble ou d'un matériel déterminé. Cet éventualité reste extrêmement rare malgré tout. Le Conseil d'administration doit avoir le maximum de liberté. Il pourrait être mauvais de dévoiler les projets de la Société avant leur réalisation. Au surplus une telle décision ne peut être exécutée que dans la mesure où des liquidités correspondent au montant des réserves constituées et c'est là une hypothèse peu fréquente.

77. Ces réserves qui méritent d'être qualifiées « réserves d'autofinancement », créées dans un but de prévoyance ou d'extension de l'entreprise, apparaissent en définitive comme constituées dans l'intérêt de la Société. Cette analyse traditionnelle paraît indiscutable puisque l'intérêt des associés est primé par celui de la Société. Mais cela suppose admis que même à long terme il n'y ait pas confusion entre ces deux intérêts, ce qui reste à démontrer.

Quoiqu'il en soit, dans l'opinion généralement suivie, ces réserves sont opposées à une troisième catégorie groupant les comptes de réserves institués dans l'*intérêt des actionnaires*.

Comme l'a noté M. Amiaud, parler des réserves établies dans l'intérêt des actionnaires peut paraître étrange de prime abord¹. Toute constitution

1. AMIAUD, *op. cit.*, n° 33, note 1, p. 59.

de réserve ayant ce résultat de diminuer le montant des sommes distribuées devrait apparaître comme s'opposant aux intérêts des actionnaires. Il y a en fait un transfert de revenus ou de bénéfices dans le temps. La Société se substitue en quelque sorte aux actionnaires imprévoyants pour capitaliser à leur place une partie des bénéfices, égaliser leurs revenus.

Capitalisation des bénéfices et égalisation des dividendes sont en effet, dans l'enseignement traditionnel, les deux missions essentielles qu'ont à remplir ces réserves. Les deux formes principales sous lesquelles apparaissent ces fonds sont donc les réserves pour amortissement du capital et les réserves pour péréquation des dividendes.

L'amortissement du capital a connu une grande vogue au début de ce siècle. Le changement intervenu dans son régime fiscal a été l'un des premiers facteurs qui ont fait renoncer à cette opération. Plus encore que cette modification, l'évolution des conditions économiques, l'instabilité monétaire croissante en particulier, l'ont rendue pratiquement impossible. La nécessité d'augmenter sans cesse les moyens de financement pour assurer le maintien du potentiel économique à un niveau minimum est incompatible avec la distribution de sommes importantes aux actionnaires. Le rythme des augmentations de capital prouve assez les difficultés de trésorerie des sociétés. Aucune ne peut se permettre l'opération inverse.

La fluctuation des dividendes est un phénomène peu apprécié des actionnaires. C'est une preuve supplémentaire de l'arbitraire qu'il y a à les considérer comme des entrepreneurs... Il est d'ailleurs permis de se demander dans quelle mesure c'est bien leur intérêt qui commande la politique de constitution de réserves pour lutter contre ces fluctuations. Finalement la Société pourrait être la véritable bénéficiaire. La distribution de dividendes, peut-être faibles, mais réguliers est un élément de la bonne tenue boursière des actions. Celle-ci facilite l'émission d'actions nouvelles.

On ne saurait passer sous silence les modifications importantes qui sont intervenues dans ce domaine, comme dans les autres. Pendant longtemps les actions étaient considérées comme des valeurs spéculatives dont on attendait de forts rendements. L'absence totale d'impôts, la stabilité de la monnaie permettaient sans grand inconvénient de distribuer des dividendes substantiels. Les actionnaires pouvaient facilement souscrire les actions nouvelles émises par une société dont les titres étaient d'un bon rapport. L'augmentation croissante de la fiscalité, la dévaluation constante de la monnaie ont radicalement changé cet état de choses. Ce qu'attend aujourd'hui l'actionnaire c'est sans doute un dividende, mais assez symbolique. Bien plus les porteurs d'actions spéculent tous plus ou moins sur la valorisation de leurs titres en bourse, ce qui leur permettra la réalisation de différences de cours, en franchise d'impôts. Il n'est pas exagéré de dire que les associés escomptent de la Société qu'elle retiendra la plus grande part des bénéfices d'exercice. L'autofinancement s'il est indispensable pour l'entreprise, est aussi intéressant pour les actionnaires qui l'encouragent.

CHAPITRE II

LA CLASSIFICATION PROPOSÉE

78. Le droit, plus peut-être que toute autre science, doit systématiser. Pour atteindre à ce résultat, il utilise une technique dont la classification est l'un des procédés les plus commodes. C'est aussi un moyen dont l'intérêt est pratique et non pas seulement scientifique. Il permet en particulier de résoudre certaines difficultés qui peuvent se poser à l'occasion d'un problème déterminé.

Or, les classifications traditionnelles ne semblent guère satisfaisantes de ce point de vue.

Celles reposant sur un critère formel ne sont pas simples. Mais surtout aux différentes distinctions qui sont faites, ne correspondent pas des régimes nettement tranchés. Il y a une gamme très variée de possibilités, avec certes des nuances d'un groupe à l'autre, mais il n'apparaît pas facile d'exposer les solutions propres à chacun d'eux avec beaucoup de clarté.

Il y a plus ; il est nécessaire dans la plupart des cas de se poser une série de questions pour savoir dans quelle catégorie ranger un fonds de réserve. En sorte que la majeure partie des problèmes posés à propos de ce compte sont résolus, ou doivent l'être avant de trouver une solution qui ne présente plus dès lors un intérêt bien grand.

L'opération de classement se ramène le plus souvent à l'inscription du compte sous une rubrique à peine plus large. On est en présence plutôt d'un catalogue que d'une véritable classification. Ce ne serait encore que demi-mal si à chaque chapitre correspondait un tout homogène, bien distinct des autres chapitres. Il n'en est rien en fait. De plus ce catalogue présente un autre défaut qui doit nous pousser à rechercher une autre classification : il est incomplet.

Ne parlons que pour mémoire des réserves occultes que l'on n'a longtemps pas su où faire figurer, avant d'en faire une nouvelle catégorie.

Les primes d'émission, par contre, s'accordent mal de l'un ou l'autre classement. Il est vrai que certains se refusent même à y voir de véritables réserves. Le critère formel repose en effet sur cette idée que les réserves résultent d'une rétention de bénéfices dans le patrimoine social. Or les

primes d'émission n'ont pas ce caractère de bénéfices. En admettant même qu'il s'agisse bien de réserves, il a semblé difficile de les intégrer dans une catégorie, où figuraient des fonds de réserves qui proviendraient eux, de prélèvement sur lesdits résultats.

Le report à nouveau s'est vu lui aussi contester le caractère de réserve. Normalement destiné à disparaître à la fin de l'exercice suivant, ce compte n'a pas paru assimilable à d'autres dont l'existence devait au contraire se prolonger beaucoup plus dans le temps.

Quant aux classifications reposant sur un critère matériel, elles semblent plus simples. Les différenciations qui sont faites sont séduisantes. Elles sont malheureusement entâchées d'un double vice : elles sont floues, et elles ne correspondent à aucune différence notable dans le régime des réserves.

Il est sinon arbitraire, du moins délicat d'opérer une classification en cette matière. Le critère est purement subjectif malgré les apparences. L'absence de lien entre l'actif et le passif permet mal de vérifier l'emploi qui est fait des accroissements de passif interne. Tout au plus peut-on retenir le but poursuivi lors de l'établissement des fonds de réserve. Sans mettre en doute que l'objectif dont la poursuite a emporté la décision des associés, était bien celui annoncé, les idées mêmes de prévoyance, d'extension de l'entreprise ou d'intérêt des actionnaires ne sont pas aussi distinctes qu'il peut paraître à première vue.

De plus ces buts doivent normalement jouer un rôle sur la composition de l'actif. Ils n'ont rien à voir avec l'aspect passif du problème, avec le régime juridique des réserves.

79. Pour essayer d'obtenir une meilleure classification des réserves il est indispensable de tenir compte d'un certain nombre de constatations qui ont déjà été faites.

Le but poursuivi en établissant ces fonds est trop peu caractéristique. Il explique pourquoi on opère une rétention de l'accroissement de l'actif net social. Il ne renseigne pas sur les techniques qui peuvent être employées, ni sur le statut des réserves qui sont ainsi créées. Le problème est donc différent. Il se pose d'une manière plus générale : c'est celui de l'*utilité de la constitution des réserves*.

L'aspect actif des comptes de réserve n'est pas davantage capable de donner une réponse satisfaisante à notre question. Celle-ci se pose également d'une façon plus générale. Mais à la différence du critère fondé sur le but, celui de l'aspect actif apparaît plutôt comme une conséquence de la création des postes de réserves. Il s'agit alors de la *représentation matérielle des réserves*, quel qu'ait pu être le mode de leur création et quel que soit leur statut.

Il apparaît donc que l'on peut et même que l'on doit s'en tenir à ce fait que les réserves forment une partie du passif interne. C'est ce qui leur imprime une originalité juridique, ce qui explique les particularités de leur régime.

Les réserves se définissant comme la partie du passif interne qui excède le capital social et dont l'exigibilité est retardée *avec ou sans le consentement des associés*, ce dernier point fournit un critère de classification à la fois

simple et logique. Il conduit à se demander si au moment de l'apparition de la créance le passif interne, les associés sont en mesure de donner leur consentement à son maintien dans l'entreprise. Le critère envisage donc la constitution des réserves. La distinction serait à faire entre les réserves constituées avec le consentement des associés, et celles constituées sans ce même consentement.

Au vrai une telle distinction n'est pas pleinement satisfaisante. Le maintien à la disposition de la Société résulte certes d'un acte ou d'un fait initial, la constitution ; mais ce maintien n'est pas toujours définitif. Certaines réserves bien que constituées sans le consentement des associés sont susceptibles d'être distribuées à la suite d'une manifestation de volonté de l'assemblée des actionnaires. Inversement, d'autres réserves constituées librement par les associés échappent ensuite à leur pouvoir, pour leur régime comme pour leur existence même.

Aussi, convient-il de s'interroger également sur la possibilité pour les associés de mettre volontairement fin au maintien dans le patrimoine social des capitaux correspondant aux réserves.

Ou bien les associés ont ce pouvoir pour des réserves constituées avec leur consentement et on est alors en présence de réserves subordonnées au consentement des associés.

Ou bien, au contraire, ce pouvoir des associés n'existe pas sur des réserves déjà constituées sans leur accord et il s'agit de réserves indépendantes du consentement des associés.

Ou bien, enfin, le pouvoir des associés se manifeste mais à l'un seulement des stades de la constitution ou de l'existence des réserves, que l'on peut alors qualifier de réserves mixtes.

§ 1. — *Les réserves subordonnées au consentement des associés*

80. Le passif interne a été défini comme un ensemble de dettes de la Société envers les actionnaires ou toutes autres personnes participant à la vie sociale interne, dettes dont le total est égal à la valeur de l'actif net.

Ce passif est assorti de modalités tout à fait particulières, car il est collectif et d'un rang inférieur au passif externe.

Les réserves entrant dans le passif interne ont ce même caractère collectif. La conséquence principale qui en découle concerne la décision de distribution qui est subordonnée à une condition simplement potestative de la part des actionnaires.

Ceci prouve que le consentement des associés est normalement acquis quant aux décisions à prendre, aussi bien pour rendre ces créances exigibles, qu'au contraire pour en retarder l'échéance.

La catégorie correspondante des réserves subordonnées au consentement des associés est donc la plus vaste. Il est normal de la considérer comme la règle en notre matière. C'est dans son sein que se regroupe la grande majorité de ces fonds de réserve, et ceci quelque soit le but poursuivi ou le moyen utilisé .

Ce que la terminologie classique appelle réserves extraordinaires, se range tout naturellement dans ce groupe. La conception la plus restrictive qui voit dans les postes en question des prélèvements opérés sur les béné-

fices, s'accorde en effet pour admettre que ces prélèvements sont normalement volontairement consentis par les associés. Peu importe au demeurant l'organe qui a qualité pour prendre une telle décision.

Le report de bénéfices a également sa place dans cette catégorie. C'est en effet à la suite d'une libre délibération des actionnaires qu'une partie de l'accroissement du passif interne n'est pas déclarée exigible. En l'espèce, il s'agit d'une décision provisoire, devant être remise en cause à la fin de l'exercice suivant. L'importance du consentement des associés est particulièrement typique.

Les primes d'émission doivent aussi se classer parmi les réserves subordonnées en consentement des associés. Ce dernier résulte de la décision même d'augmenter le capital en exigeant des souscripteurs un complément d'apport, qui ne figure pas dans le chiffre du capital social, et augmente d'autant le surplus du passif interne. Rien ne s'oppose à ce que cette créance soit ensuite déclarée exigible. En l'absence d'une nouvelle décision, elle reste bien à la disposition de la Société, et c'est en vertu d'une première décision, dont on ne peut contester qu'elle suppose le consentement des associés.

Les primes d'apport et les primes de fusion présentent une telle analogie avec les primes d'émission, que sur ce point particulier, le même raisonnement peut être intégralement repris.

Il paraît inutile de multiplier les exemples. Cette catégorie constitue le droit commun. Elle est donc très largement ouverte.

§ 2. — *Réserves indépendantes du consentement des associés*

81. Par contre les hypothèses sont beaucoup plus rares dans lesquelles le consentement des associés n'a pas été obtenu. A vrai dire, l'absence même d'une décision volontaire est exceptionnelle¹. Mais c'est un principe bien connu du droit civil, qu'un consentement pour être considéré comme valable doit présenter certaines qualités. Si elles font défaut, il est possible de considérer qu'il n'y a pas véritablement consentement.

Les vices du consentement sont multiples, dans l'enseignement traditionnel. Notre propos n'est pas de les étudier successivement, en les appliquant à notre matière. On s'aperçoit assez vite que deux qualités sont requises : le consentement doit être libre et éclairé. A défaut de l'une ou l'autre de ces caractéristiques, on peut déceler un vice, qu'il s'agisse d'une erreur, ou d'un dol par exemple.

Remarquons que l'absence de liberté ne peut pas être considérée comme entachant dans tous les cas, la valeur de la manifestation de volonté. Cette volonté peut se heurter à celle contraire du législateur. Elle perd alors sa liberté, sans que pour autant on puisse soutenir que le consentement est vicié.

Dans notre matière il convient d'appliquer les conséquences de cet état de choses.

1. On peut, en effet, admettre que l'approbation des comptes présentés par les administrateurs, équivaut à l'octroi du consentement par les associés, dont l'assemblée générale a entériné le bilan et le compte de pertes et profits.

Il y a des réserves dont la constitution n'est pas subordonnée à une libre décision des associés.

Mais il y a aussi des réserves dont la constitution n'a été rendue possible, que parce que les associés n'ont pas été suffisamment éclairés. En résumé, il convient de distinguer les réserves indépendantes du consentement libre des associés et celles indépendantes de leur consentement éclairé.

A. — *Réserves indépendantes du consentement libre des associés.*

82. La première réserve de cette catégorie est celle dont la constitution est prévue par la loi elle-même.

Aux termes de l'article 36 de la loi du 24 juillet 1867, il doit être fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve.

Il pèse sur les associés une obligation très stricte d'opérer ces prélèvements sur les bénéfices. Ceux-ci correspondent pourtant à une augmentation du passif interne au-delà du capital, normalement susceptible d'être déclarée exigible par la volonté des associés. Il n'en est rien cependant à concurrence du prélèvement d'un vingtième édicté par la loi. Les actionnaires ne sont pas libres de décider la mise en distribution. Ils sont tenus de maintenir cette partie du passif interne à la disposition de la Société. Aucune décision ultérieure ne peut remettre en cause ce maintien.

En ce sens, on est fondé à dire que la réserve correspondante, la *réserve légale* ne dépend pas du libre consentement des associés.

Ce fait réagit évidemment sur les modalités de constitution et sur le statut même de la réserve.

83. La réserve légale n'est pas la seule qu'il faille ranger parmi celles indépendantes du consentement libre des associés.

Le total du passif interne est égal à l'actif net social. Cette égalité n'est vraie qu'en valeur. Il ne saurait être question de représenter la situation nette par certains biens déterminés.

Il est clair que s'agissant de valeur, les modes d'évaluation vont avoir une influence déterminante dans bien des cas. Précisément dans l'établissement du bilan il est nécessaire de respecter des normes strictes. En particulier il n'est pas possible de chiffrer certains éléments d'actif à leur valeur véritable si elle est supérieure à leur prix de revient. Dans ce cas, il y a en fait, un accroissement de la situation nette et partant du passif interne qui n'apparaît pas au bilan. Bien plus les associés n'ont pas le droit de la rendre apparente. Ils n'ont pas en conséquence le droit de la déclarer exigible.

Il existe bien alors une réserve puisqu'il y a un accroissement de l'actif net qui est laissé à la disposition de la société, en l'absence d'un libre consentement des associés.

Ces plus-values, auxquelles correspond une augmentation du passif interne, ont reçu des qualifications différentes dans la terminologie classique. On parle alors de réserves occultes, ou cachées. Ces termes semblent ne pas correspondre exactement à la réalité profonde, en ce qu'ils sous-entendent une intention qui n'est pas celles des associés, ni d'aucun autre

organe de la Société. Les dénominations de réserves occultes involontaires¹ ou de réserves latentes² semblent déjà mieux rendre compte de la vérité.

Il est certain que ces plus-values ne sont pas encore réalisées. Elles ne le seront que dans le futur. L'incertitude qui les caractérise, le devenir qu'elles contiennent font pencher pour une qualification de plus-values potentielles. Cette potentialité est la raison majeure de leur caractère latent. Bien que dans le langage courant les deux idées soient voisines, et que les deux termes semblent synonymes, il ne paraît pourtant pas possible de les employer indifféremment, leur sens respectif exact n'étant pas le même.

Aussi, semble-t-il meilleur d'opter pour qualifier les réserves correspondantes, pour l'adjectif *potentiel*, qui illustre le phénomène et explique en même temps que ces postes ne peuvent figurer au bilan.

B. — *Réserves indépendantes du consentement éclairé des associés.*

84. Un retour incessant à la notion de passif interne est indispensable. Non seulement il facilite la tâche, mais encore il permet de bien voir les différents aspects que revêtent les réserves.

Ce retour constant nous montre au surplus l'importance du bilan.

Certaines plus-values d'actif non encore réalisées, ne peuvent y figurer. A due concurrence il existe des réserves potentielles.

Dans la majorité des cas l'actif net se trouve accru dans des conditions telles que le bilan devrait en faire état. Les associés se trouveraient par suite libres d'en décider ou non la mise en distribution.

Pourtant les associés ne sont pas toujours en mesure de prendre cette décision comme il serait normal de l'attendre. Cette affirmation pourrait surprendre si l'on perdait de vue le processus des opérations.

Les comptes sur lesquels les associés ont à délibérer, sont préparés et présentés par les administrateurs. Ceux-ci peuvent agir de telle façon que l'augmentation de la situation nette, ou si l'on préfère du passif interne, ne ressorte pas à la lecture des documents soumis à l'assemblée générale.

Sans doute ce phénomène est-il lié le plus souvent au délit de présentation de bilan inexact. Certains éléments d'actif ont pu être omis purement et simplement, ou au contraire des dettes fictives sont mentionnées au passif qu'elles gonflent artificiellement. Dans d'autres cas la falsification est moins évidente. Par exemple, les administrateurs utilisent la marge d'appréciation qui leur est laissée, en particulier quant à l'évaluation des dépréciations subies ou à attendre de certains postes. L'exagération des amortissements ou des provisions est le procédé le plus fréquemment employé pour parvenir à ce résultat.

Il n'en reste pas moins, qu'une augmentation réelle, du passif interne n'est pas rendue apparente. Les associés ont été trompés sur la véritable situation de la Société. Ils ne sont évidemment pas en mesure de déclarer exigible une créance interne qu'ils ignorent.

1. Voir GORÉ, « Les réserves occultes dans les Sociétés anonymes », *J. Soc.*, 1947, p. 149 et s. — Adde : RODIÈRE, V^o *Réserves*, *Encyclopédie Dalloz*.

2. Cette appellation est utilisée notamment en droit suisse. Sur ce point, cf. FOLLIET, *op. cit.*, p. 336 et s.

Dans cette hypothèse, une partie du passif interne est laissée à la disposition de la Société. Et cela parce que les associés n'ont pas été à même de donner leur consentement éclairé, à quelque moment que ce soit.

A ces réserves qui sont réelles et non pas seulement potentielles, mais qui sont cachées, il faut donner le nom de *réserves occultes*.

§ 3. — *Les réserves mixtes*

85. La loi impose aux associés d'opérer annuellement un prélèvement sur l'accroissement de l'actif net, pour le laisser à la disposition de la Société. Il y a donc constitution d'une réserve sans le libre consentement des intéressés.

Il peut se faire également que les statuts, ou si l'on préfère la loi intérieure pose les mêmes exigences. Les réserves constituées en application de ces règles sont dites *statutaires*.

Il n'est pas paradoxal de rapprocher les réserves statutaires de la réserve légale, puisque toutes trouvent leur origine dans des dispositions obligatoires de caractère général. En vertu d'une loi intérieure, dans un cas, extérieure dans l'autre, une partie du passif interne se trouve maintenue à la disposition de la Société en l'absence du libre consentement des associés.

Une différence très importante sépare pourtant ces deux institutions. Les associés n'ont en effet aucun pouvoir de modifier la loi extérieure, tandis que les dispositions de la loi interne peuvent être changées par la collectivité des actionnaires. Le pouvoir souverain qu'on s'accorde à leur reconnaître en cette matière a pour conséquence de leur permettre de recouvrer leur entière liberté, et en particulier de déclarer exigibles les réserves précédemment constituées.

Les réserves statutaires présentent donc quant à leur constitution la plupart des caractéristiques des réserves établies en l'absence du consentement libre des associés. Le régime de leur disparition est, au contraire différent. Ce caractère hybride des réserves statutaires justifie leur classement parmi la catégorie des réserves mixtes¹.

86. La nature juridique de la réserve spéciale de réévaluation a fait l'objet de très vives controverses qui ne sont pas encore closes². Si le principe même de la révision des bilans a généralement été approuvé, les modalités fixées par le législateur ont été moins bien accueillies. Tout

1. Lors de l'étude des classifications traditionnelles on a vu l'impossibilité de ranger dans un même groupe, les réserves légales, statutaires et extraordinaires. Le critère choisi permet de respecter les différences séparant ces comptes. La plus grande généralité du critère permettra, en outre, de mieux approfondir les problèmes posés par leur constitution et leur disparition.

2. Cf. notamment, JOLY, *Dictionnaire des S.A.*, V^o Bilan (Révision des) n^o 129; HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, n^o 271. GORÉ, *loc. cit.*, p. 178. LECOMTE et BOSVIEUX, « De l'incorporation de la plus-value de réévaluation au capital social » *J. Soc.*, 1947, p. 1 et s.; STARCK, « La réévaluation des bilans », *Rev. Trim. dr. crim.*, 1949, p. 48 et s.; JACOB, *op. cit.*, *Rev. Soc.*, 1957, p. 304; CHALLAMEL, *La réserve de réévaluation*, th. dactyl., Paris, 1958.

argument tiré du caractère fiscal des règles édictées pour le calcul de la plus value doit être considéré sans valeur quant à la qualification de la réserve de réévaluation.

Pour nous, la solution du problème est claire. Les règles d'établissement du bilan et la dégradation de la monnaie ont eu pour conséquence de donner naissance, en l'absence de tout consentement des associés, à des réserves potentielles. L'autorisation ou parfois l'obligation de modifier les procédés d'évaluation du bilan rendent apparentes ces réserves potentielles. Leur caractère de réserves ne saurait être remis en cause, dès lors qu'il faut admettre qu'à toute augmentation de la situation nette au-delà du capital social laissée à la disposition de la Société, correspond une réserve.

Ces comptes méritent en outre leur place dans la catégorie des réserves mixtes.

La loi de finances du 28 décembre 1959, qui a rendu obligatoire la révision du bilan des entreprises ayant réalisé au cours des trois dernières années un chiffre d'affaire moyen supérieur à cinq cent millions de francs, semble pourtant aller à l'encontre de cette qualification de réserve mixte. En réalité, la situation est très voisine de celle des réserves statutaires. Dans les deux cas la constitution est obligatoire. Sans doute s'agit-il d'une obligation imposée tantôt par la loi interne, tantôt par la loi externe, mais dans les deux cas, les associés peuvent ultérieurement remettre en cause le maintien des capitaux correspondants dans le patrimoine social. La possibilité de distribuer la réserve spéciale de réévaluation, qui sera étudiée en même temps opportun, conduit à classer ce compte parmi les réserves mixtes.

Le cas de la réserve de réévaluation dégagée lors de la révision facultative des bilans est un peu différent. Il se rapproche davantage de celui des réserves fiscales pour lesquelles le rôle du législateur est moindre. Les actionnaires disposent d'une certaine liberté, quant au principe même de l'établissement de tels comptes. Mais une fois cette décision de principe adoptée, la liberté des membres de la Société disparaît. Ils ne peuvent fixer comme ils l'entendent le plafond de la créance de passif interne qui n'est pas déclarée exigible, et sa disparition échappe à peu près complètement à la volonté des associés. Certes la sanction encourue en cas de violation de ces règles est rarement civile, mais le plus souvent fiscale. La pénétration dans les règles de pur droit privé des règles de droit fiscal fait qu'il serait vain de vouloir nier l'importance réelle de ces dernières. La politique des sociétés en matière de réserves est largement conditionnée par la législation financière. Les réserves fiscales doivent par suite être comptées au nombre des réserves mixtes.

DEUXIÈME PARTIE

La vie des réserves

87. Connaissance est maintenant faite avec les réserves. On sait comment elles s'insèrent dans le contexte du bilan. Ces accroissements des capitaux propres de la Société revêtent des formes diverses dont les principales peuvent se regrouper en catégories assez différenciées.

Cette analyse n'a conduit qu'à une vue essentiellement statique des réserves qui ont été étudiées à un moment donné de leur existence.

Il est maintenant indispensable d'en entreprendre l'étude dynamique. Ce sera l'objet de cette partie consacrée à la « vie des réserves »¹.

Leur *naissance* ou si l'on préfère leur apparition, se réalise selon des processus qui présentent parfois de très grandes dissemblances. En particulier, et si l'on voulait pousser plus loin l'assimilation avec la personne humaine, on pourrait presque distinguer certaines « filiations légitimes », d'autres qui le sont beaucoup moins, sinon pas du tout. Ce serait bien sûr aller trop loin, mais derrière cet abus de terminologie, se cache pourtant une réalité que l'on ne saurait se dissimuler totalement.

L'apparition des réserves correspond à une augmentation du passif interne, liée à celle de l'actif net, et dans la majorité des cas à celle de l'actif. L'étude du bilan a révélé la difficulté, voire l'impossibilité qu'il y a à établir une concordance entre certains postes du passif et des éléments précis de l'actif. Le problème s'est posé néanmoins de savoir comment devaient être employées ces créances de passif interne supplémentaires, ces nouveaux moyens de financement que la Société a à sa disposition.

Les réserves, enfin, ne sont normalement pas appelées à figurer éternellement au bilan de l'entreprise. Elles peuvent certes présenter un certain caractère de stabilité. Elles ne sont pourtant pas immuables. Leur caractère même de créance implique qu'elles puissent être déclarées exigibles et suppose donc leur *disparition*. Cette disparition peut d'ailleurs revêtir d'autres formes, tout un éventail d'éventualités existant en cette matière.

88. Il convient, pour éviter toute ambiguïté de comparer les termes employés jusqu'ici, avec ceux dont il est fait traditionnellement usage.

1. Nous avons préféré cet intitulé à celui plus classique de régime des réserves, par exemple. Il ne faut pas voir dans ce choix une nouvelle manifestation d'un anthropomorphisme souvent jugé, à juste titre, excessif. La raison en est simplement que nous pensons ainsi bien mettre en relief, le fait que les réserves, un peu à l'image de l'entreprise sont avant tout mouvement et devenir. Plus que leur existence même, c'est leur apparition et leur disparition qui posent les problèmes les plus complexes, les plus intéressants aussi.

La naissance, ou l'apparition des réserves est appelée dans la terminologie classique *constitution*. Le mot évoque bien l'idée de création, d'apparition d'un élément nouveau, et en même temps la nécessité de respecter un processus d'élaboration, des règles de droit. Le sens technique qui lui est attaché incite donc à le reprendre.

Par contre, le vocabulaire est beaucoup plus incertain en ce qui concerne l'existence et la disparition des comptes de réserves. On parle alors d'affectation, d'emploi, ou d'utilisation des réserves. Ces termes sont à première vue sensiblement synonymes. La distinction entre emploi et utilisation est particulièrement délicate. Il est bien arbitraire de vouloir user de l'un de ces mots pour rendre compte du problème posé pendant l'existence même des réserves, et de l'autre pour qualifier la disparition de ces mêmes comptes.

Aussi pour plus de clarté, utiliserons-nous dans un cas le terme de *représentation*, dans l'autre celui de *disparition*. Le premier implique en effet, que les réserves soient existantes. Le second se suffit à lui-même pour qualifier le phénomène envisagé. Le choix de ces deux expressions semble de ce point de vue mieux faire entrevoir la réalité. Emploi ou utilisation ne supposent pas davantage l'un que l'autre que les choses auxquelles ils s'appliquent continuent ou au contraire cessent d'exister.

Les trois titres de cette partie seront donc consacrés respectivement :

- Le premier à la constitution des réserves.
- Le deuxième à la représentation des réserves.
- Le troisième à la disparition des réserves.

TITRE PREMIER

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES

89. Les réserves ont été définies comme la partie de l'actif net excédant le capital social, laissée à la disposition de la Société avec ou sans le consentement des associés.

Cette définition, qu'il convient de ne pas perdre de vue, permettra de faire le tour de tous les problèmes posés par la constitution des réserves. Le lien semble évident entre ces mots « laissée à la disposition de la Société » et la question à étudier.

Que serait cette constitution des réserves, sinon le maintien à la disposition de la personne morale débitrice ? Les réserves correspondant en effet à une créance qui est apparue et dont l'exigibilité a été retardée, il est évident que la décision explicite ou implicite écartant l'exigibilité, est la décision ayant donné naissance à ces réserves.

Cette coïncidence établie, on aperçoit aussitôt un certain nombre de problèmes qu'il va falloir résoudre.

La première question qui se pose est de savoir *pourquoi* constituer des réserves ? Cette interrogation vient en tout premier lieu à l'esprit. Toute construction juridique répond, en effet, à des nécessités que la pratique a fait ressentir. Le caractère plus ou moins impérieux de ces exigences se traduit sur le terrain du droit par des règles plus ou moins strictes. Dans notre domaine, en particulier, qui est celui de la vie des entreprises, les variations des conditions économiques ne peuvent manquer de réagir avec beaucoup de force sur l'institution étudiée. Son extension est largement fonction des besoins nouveaux qui apparaissent avec une période d'expansion ou au contraire avec la perspective d'une récession de l'activité économique de la nation. Les impératifs correspondants montreront *l'utilité de la constitution des réserves*.

Il serait vain de croire que tous les problèmes sont résolus pour autant. Les motifs dégagés expliquent l'apparition de l'institution. Ils ne la justifient pas intégralement sur le terrain du droit. La réalité des raisons invoquées serait de plus à examiner dans chaque cas particulier.

Enfin et surtout le mécanisme du maintien de capitaux propres à la

disposition de la Société peut être conçu de façon fort différente. L'utilité des réserves exprime un résultat à atteindre. Elle ne dit pas comment il faudra procéder.

90. C'est là la deuxième question qui apparaît : *comment* constituer des réserves ? Le problème restera presque entier après la réponse à la première interrogation. Il n'est pas besoin d'insister longuement sur l'intérêt qu'il y a à le trancher. C'est la validité même de la réserve qui sera éventuellement mise en cause, selon que le processus suivi aura été ou non régulier, tant au fond qu'en la forme.

Régularité quant au fond, régularité quant à la forme. Voici posées dans des termes traditionnels les deux séries de difficultés qui se rencontrent à propos de notre matière. Un libellé moins classique le fera sans doute mieux comprendre au non-initié. Le problème se dédouble, en effet, et peut se poser ainsi : en premier lieu, *qui* peut prendre la décision de maintenir une partie des capitaux propres à la disposition de la Société ? En second lieu, *à quelles conditions* une telle décision est-elle possible ?

91. Les deux termes de notre question, comment constituer les réserves, ne sont pas aussi distincts qu'il paraît à première vue. Bien au contraire ils sont étroitement liés et leur dissociation ne peut se faire sans arbitraire.

La définition des réserves, se termine par ces mots « avec ou sans le consentement des associés ». C'est là une précision très importante. La présence ou l'absence de ce consentement est l'une des caractéristiques principales de ces comptes, au point que leur classification a paru devoir s'opérer en fonction de ce critère, en réserves subordonnées au consentement des associés, réserves indépendantes de leur consentement libre et éclairé, enfin réserves mixtes.

Dès lors, on ne s'étonnera pas de retrouver cette distinction dans l'étude de leur constitution. La réponse au problème posé ne peut, en effet, absolument pas être la même, aussi bien en ce qui concerne l'organe qui décide la constitution, qu'en ce qui a trait aux conditions dans lesquelles il agit ou aux modalités qu'il emploie.

Aussi convient-il d'étudier dans les quatre chapitres de ce titre :

- l'utilité de la constitution de réserves ;
- la constitution des réserves avec le consentement des associés ;
- la constitution des réserves sans le consentement des associés ;
- la constitution des réserves mixtes.

CHAPITRE PREMIER

L'UTILITÉ DE LA CONSTITUTION DE RÉSERVES

92. A vrai dire, ce n'est pas la première fois que l'on rencontre cette question depuis le début de ce travail. Elle a déjà été effleurée indirectement lors de l'exposé consacré aux classifications des réserves¹. L'un des critères traditionnellement utilisés est, en effet, le but poursuivi par la constitution des réserves.

De ce point de vue, les réserves peuvent se regrouper autour de trois idées principales : prévoyance, extension de l'entreprise, intérêt des actionnaires. L'utilité des réserves ressort manifestement du simple énoncé de ces différentes catégories. Il suffit de se reporter à ces développements pour connaître les justifications usuelles de la pratique des réserves.

Un reproche commun semble pourtant devoir leur être fait. En premier lieu les raisons d'un éventuel maintien de capitaux propres à la disposition de la Société apparaissent comme bien tranchées, alors que dans les faits elles se complètent et ne peuvent être dissociées sans arbitraire. Mais surtout, la conception de la majorité des auteurs se révèle trop étroite, et manque quelque peu de largeur de vue.

Il n'en est pour preuve que l'image souvent donnée des réserves, présentées comme une sorte de « trésor de guerre » plus ou moins soigneusement caché. C'est une vue des choses qui est caractéristique d'une époque où « le bas de laine » était roi. Epargne et thésaurisation étaient en fait synonymes. Si l'on ajoute à cela l'erreur trop fréquente qui consiste à confondre bénéfices et argent liquide, on comprend encore bien mieux, les explications données à notre phénomène. Dans l'esprit de beaucoup de théoriciens il était tentant de donner une image simplifiée et malheureusement simpliste des réserves.

93. L'analyse des réserves, en une fraction des capitaux propres de l'entreprise, permet, semble-t-il de ne pas retomber dans le même travers, et donc d'éviter ces reproches.

1. Cf. *supra*, nos 74 et s.

Dès lors, en effet, que l'on conçoit les réserves comme la partie d'un tout, d'une masse, qui n'est certes pas homogène, mais qui présente cependant une certaine unité, il est possible de mieux saisir les effets de l'augmentation des réserves elles-mêmes ou plus simplement de leur apparition.

Plus le montant des capitaux propres dépasse le chiffre du Capital Social, en d'autres termes plus il est constitué de réserves, plus grandes sont les chances de ne pas voir des pertes ultérieures venir entamer le capital lui-même. En tout état de cause, il est bien évident qu'une diminution des capitaux propres est d'autant moins sensible pour la Société, qu'elle dispose d'une masse de manœuvre plus considérable. Cette conséquence de la constitution de réserves montre un premier aspect de son utilité, à savoir : l'idée de *prévoyance et de sécurité*.

Dans cette même hypothèse, où les capitaux propres sont d'une valeur bien supérieure au montant du Capital, nous apparaît une seconde utilité de notre institution. Dans la mesure où il y a coïncidence entre capitaux propres et passif interne, les associés peuvent, en effet, et malgré l'absence de bénéfices au cours d'un exercice, déclarer exigible une partie de ce passif interne. Cette amputation des capitaux propres par les actionnaires à leur profit met en lumière un deuxième aspect ; *l'intérêt des actionnaires* peut être de constituer des réserves, qui permettent une péréquation dans le temps des distributions d'accroissement d'actif.

Enfin il est bien évident que la disposition de capitaux propres de plus en plus importants favorise le *développement de l'activité sociale*. Le chiffre de l'actif est en effet fonction du montant de ces capitaux propres. Leur augmentation est liée à l'expansion de l'entreprise. Or cet accroissement ne peut résulter que de deux choses, ou bien d'une augmentation du capital social, ou bien d'une constitution de réserves. Le même résultat peut donc être atteint de deux manières, que l'on peut qualifier l'une de directe, et l'autre d'indirecte. Quoiqu'il en soit, il demeure certain qu'il y a parallélisme entre ce maintien de capitaux propres à la disposition de la société et la possibilité, qui en découle pour elle de se développer.

Il semble indéniable que toute constitution de réserves a une triple utilité : prévoyance, intérêt des actionnaires, extension de l'affaire. Au départ l'un de ces buts peut certes être poursuivi à titre principal, les autres le sont par voie de conséquence inéluctable.

94. Ce phénomène est bien connu, et a pris depuis de nombreuses années une importance considérable dans la vie économique de tous les pays du monde occidental. *L'autofinancement* pour l'appeler par son nom a même attiré davantage l'attention des économistes que des juristes¹.

Un premier fait est remarquable² : l'impossibilité de se soustraire aux données de la comptabilité et du droit commercial, une nouvelle fois juxtaposés. La principale difficulté qui est apparue aux théoriciens de l'économie politique n'est pas tellement de définir l'autofinancement.

1. Cf. spécialement la très intéressante étude de M. MALISSEN, *Contribution à l'étude de l'autofinancement des Sociétés en France et aux Etats-Unis*. th. Grenoble, 1952.

2. Et qui pourrait donner à réfléchir à ceux qui estiment inutile un enseignement purement juridique, pour la formation d'un économiste...

Celui-ci leur semble être le montant des ressources tirées par la Société de sa propre activité. C'est-à-dire l'excédent du financement propre total sur le montant des apports des sociétaires¹.

C'est bien plus dans la mesure de l'importance de l'autofinancement que les économistes se sont heurtés à des difficultés. Malgré la définition assez proche de celle que pourrait en donner un pur juriste, l'autofinancement reste en dernière analyse « une rétention de profits ». Cette notion de profits, en fait insusceptible d'une mesure précise² soulève de nombreuses difficultés. Le problème réapparaît donc, bien que posé dans des termes un peu différents.

Force a été pour les économistes d'admettre l'identité des « résultats » tels qu'ils ont été définis plus haut, avec les « profits » au sens où ils l'entendent. Le même mot étant d'ailleurs utilisé parfois pour qualifier le solde du Compte « Pertes et Profits », leur tâche s'est trouvée facilitée. Notons au passage, que se retrouve ici l'erreur déjà signalée qui consiste à s'en tenir à un chiffre qui indique plus les résultats d'exploitation que ceux de l'inventaire. Il n'en reste pas moins que seule l'analyse de la vie juridique des sociétés, a permis aux économistes de trouver la solution de leur question. Ils ont dû se livrer à une recherche assez voisine de la nôtre, encore que plus hâtive parfois.

Il restait à dégager l'explication du phénomène de la rétention de profits, que la pratique a révélé avoir été la source essentielle de financement au cours du dernier demi-siècle.

Deux tentatives principales sont à retenir qui se proposent toutes deux de parvenir au résultat recherché en rapprochant le dividende (c'est-à-dire la partie non retenue des profits) du taux d'intérêt du marché.

Le premier essai, en ce sens, doit être rattaché à la théorie marginaliste³. Dans cette perspective, l'investissement dans l'entreprise des profits retenus ne devrait normalement avoir lieu que si le rendement à en attendre était supérieur au taux d'intérêt du marché. En d'autres termes les associés seraient fondés à constituer des réserves dans la mesure où le rendement attendu du réinvestissement serait supérieur au taux d'intérêt du marché. Ainsi, si l'on suppose que sur un bénéfice de un million des tranches successives de 100.000 unités auront des rendements décroissants de 10, 9, 8 % etc... et que le taux d'intérêt du marché soit de 6 % le dividende sera fixé à 500.000.

Une seconde explication a été fournie à partir des résultats d'études économétriques effectuées aux Etats-Unis⁴.

Y étant le taux de profit (c'est-à-dire le rapport en pourcentage du profit

1. Si l'on rapproche cette définition de celle que nous avons donnée des réserves, on aperçoit une similitude frappante. Nous devons toutefois signaler que l'identité n'est pas absolue. Spécialement le montant des apports des associés ne se confond pas pour les économistes avec le montant du capital social, et de plus, les primes d'émission sont incorporées dans la masse des apports.

2. Cf. *supra*, n° 55.

3. V. en particulier Wilhelm Röpke « *Die Theorie der Kapital-bildung* » Tübingen 1929 et Norman S. BUCHANAN « *Theorie and practice in dividend* » *quarterly Journal of Economics*, vol. LIII, novembre 1938, p. 64-85.

4. Cf. spécialement DOBROVOLSKY (Sergei P.) *Corporate Income retention 1915-1943*, New-York, 1951.

net à la moyenne des actifs nets de début et de fin d'exercice), D étant le taux de dividende distribué (c'est-à-dire le rapport également pourcentage du dividende à la moyenne des actifs nets de début et de fin d'exercice), R enfin étant le taux de profits retenus (c'est-à-dire le rapport des profits retenus à la moyenne des actifs nets de début et de fin d'exercice), on aurait les égalités :

$$D = 0,20Y + 3,49$$

$$R = 0,80Y - 3,49$$

En sorte que le taux du dividende aurait tendance à s'établir à 3,49% pour un profit nul et à 5,49% pour un taux de profit de 10%.

Le taux de l'intérêt ayant varié pendant les mêmes périodes autour de 4 à 5%, il semble possible d'établir une corrélation entre le taux du dividende et le taux d'intérêt du marché. Les entreprises s'efforceraient ainsi de distribuer à leurs actionnaires une rémunération liquide, qui rapportée à la valeur des capitaux propres de la Société serait sensiblement égale au taux d'intérêt du marché.

Par suite, la propension marginale à la rétention de profits serait d'autant plus élevée que le taux d'intérêt du marché serait faible et inversement,

Ces deux constructions, pour séduisantes qu'elles soient, ont cependant un grave défaut commun : elles ne rendent pas compte de la politique de rétention¹. Et l'on a pu émettre comme infiniment probable l'opinion selon laquelle les dirigeants de sociétés ne considèrent habituellement pas la question du dividende en termes marginaux.

95. Les seuls éléments capables de renseigner sur l'importance de l'autofinancement doivent être recherchés dans la réalité complexe de la pratique. Une explication empirique apparaît finalement comme seule possible.

Certaines causes ont pour résultat d'augmenter l'importance relative des capitaux propres conservés à la disposition de la société par rapport à la fraction distribuée aux associés (A). D'autres facteurs interviennent qui tendent à donner aux réserves une part de plus en plus grande dans le développement du financement de l'entreprise (B).

A. — Une série de phénomènes expliquent l'accroissement des rétentions de profits par rapport aux dividendes distribués.

On a fait valoir tout d'abord le niveau élevé des profits dans cet après-guerre. C'est en effet une condition essentielle de la constitution de réserves importantes. Mais à la réflexion ce n'est pas en soi une explication. Celle-ci réside bien plus dans le fait que ces profits n'ont été rendus possibles que par l'expansion économique générale, laquelle au stade de l'entreprise suppose un développement de son activité, donc une augmentation des moyens de production, et partant de ses capitaux propres.

Un second argument a été avancé, à savoir le retard de la distribution des dividendes au titre d'un exercice sur la réalisation des profits de cet exercice. Le fait est indéniable. Il ne paraît pourtant pas avoir l'import-

1. Cf. MALISSEN, *op. cit.*, p. 184 et s.

tance et même la signification qu'on a voulu lui attribuer. Que la dégradation de la valeur de la monnaie ait pour conséquence de voir sortir du patrimoine social, une série de biens moindre au jour du paiement effectif du dividende qu'elle ne l'aurait été au jour du calcul théorique, est certain. Qu'il en résulte à concurrence de la moins-value, un maintien de capitaux propres à la disposition de la Société est tout aussi sûr. Il semble pourtant qu'on ne doive voir là qu'un autofinancement temporaire et indirect. En effet cette moins-value pour les actionnaires se solde en définitive par une augmentation des bénéfices de l'exercice suivant et ainsi de suite. Il y a un décalage dans le temps qui produit partiellement les mêmes conséquences que la constitution des réserves.

De toute manière on est ici en présence de circonstances qui peuvent expliquer comment se formeraient certaines réserves, évidemment potentielles, mais non pourquoi d'une manière plus générale, il est constitué de tels comptes de capitaux propres.

L'inflation n'a pourtant pas été sans exercer une influence très grande sur la politique de constitution de réserves. En période d'instabilité monétaire, l'utilité de cette pratique est évidente. L'évaluation des biens du patrimoine social se faisant obligatoirement en unités monétaires nationales supposées stables, tout enrichissement nominal est censé correspondre à un enrichissement réel et donc à un bénéfice réalisé. Il n'est pas besoin d'insister sur la fausseté d'une telle conception purement arbitraire. Les profits apparemment très élevés ne sont pas réellement tels. Bien plus il est fréquent que la hausse des cours atteigne de telles proportions qu'il est impossible avec le prix de vente des marchandises, d'en acquérir la même quantité. Toute société qui distribuerait l'intégralité des profits théoriquement réalisés serait vite en mauvaise posture financière. Au contraire le maintien de ces pseudo-bénéfices à la disposition de l'entreprise permet d'éviter les pertes de substance et au moins de les limiter. La seule technique possible est de recourir à ce qui en temps ordinaire mériterait pleinement le nom d'autofinancement, la constitution de réserves.

Notons pour en terminer le facteur que représente le renforcement progressif des impôts sur le revenu. Les gros actionnaires exercent en fait une influence prépondérante sur la fixation du dividende. Il est bien évident que la perspective d'avoir à supporter des impôts progressifs bien lourds sur les revenus encaissés, incitera les gros porteurs à laisser à la disposition de la Société une part très importante des bénéfices. L'utilité de la constitution de réserves n'est plus tant l'intérêt de l'entreprise que celui des associés individuellement¹.

1. On ne saurait d'ailleurs minimiser l'importance des considérations tenant à l'intérêt de certains actionnaires. Tous les motifs invoqués jusqu'à présent, et ceux qui pourront l'être dans la suite de cette étude, ne sont souvent qu'une façade derrière laquelle la majorité tendra à s'abriter pour masquer des intentions moins louables. La suppression de toute répartition est de nature à décourager les petits actionnaires. Ceux-ci seront rapidement tentés de se défaire de leurs titres à un prix d'autant plus faible que les distributions de dividendes seront rares. Les actionnaires majoritaires réaliseront ainsi un gain sur deux tableaux. Ils augmenteront à peu de frais leur participation dans une entreprise dont la valeur intrinsèque sera pourtant accrue.

Au surplus, dans la mesure où toute répartition n'est pas supprimée, les petits actionnaires sont eux-mêmes partisans de la constitution de réserves importantes. Le temps n'est plus où l'action était une valeur essentiellement spéculative dont on attendait un gros rendement. Les actionnaires espèrent davantage une valorisation boursière de leurs titres, car la plus value est à l'abri des convoitises du fisc. La constitution de réserves entraîne généralement une hausse du cours des actions, hausse qui est en règle générale au moins égale au montant des réserves constituées. Ainsi les porteurs peuvent-ils récupérer s'ils le désirent le montant des bénéfices dont ils ont été privés, et ce en franchise d'impôt.

96. B. — La place de plus en plus considérable tenue par les réserves dans le financement propre des sociétés, montre mieux encore l'utilité de leur constitution.

Au risque de nous répéter une nouvelle fois, rappelons que le développement de l'entreprise suppose un accroissement durable de ses moyens de financement. Plusieurs options lui sont ouvertes pour parvenir à ce résultat, contracter un emprunt à long terme, par exemple, en émettant des obligations, — augmenter son capital par l'émission d'actions de numéraire, — ou retenir les plus values de la situation nette constatées au cours d'un exercice ou d'une série d'exercices.

Or, si l'esprit peut choisir une solution idéale dans la recherche des moyens de financement d'une entreprise, les faits se chargent vite d'en refermer l'éventail.

Seules les sociétés importantes, jouissant de la faveur de la Bourse peuvent se permettre de choisir et de faire appel à l'épargne publique par l'émission d'actions ou d'obligations de type classique ou convertibles en actions.

Les sociétés de second plan, et surtout celles dont les titres ne sont pas cotés (c'est-à-dire l'immense majorité) ne peuvent pratiquement pas émettre d'obligations et ne peuvent que difficilement procéder à des augmentations de capital en numéraire, sauf dans la limite souvent insuffisante où leurs dirigeants peuvent y souscrire par eux-mêmes ou par leur famille ou amis. La désaffection du public à l'égard des obligations industrielles a eu pour cause générale l'amenuisement progressif de la valeur du franc, et pour raison particulière le fait que de trop nombreuses sociétés qui avaient émis des obligations n'ont pas fait face à leurs engagements. Sans déposer leur bilan, elles ont obtenu par le jeu de l'organisation des obligataires en masse ou sociétés civiles, des réductions de taux d'intérêts, voire l'abandon de ceux-ci pendant un certain temps et d'une fraction de la valeur nominale des obligations. Puis, revenues à meilleure fortune elles n'ont accordé aucune compensation à leurs obligataires, et ce sont les actionnaires qui en ont profité.

Donc seules les sociétés dont le crédit est indiscuté peuvent émettre des obligations. Au cours de ces dernières années, les plus importantes d'entre elles ont même créé des obligations dites « participantes » donnant droit à une majoration du taux d'intérêt et du capital en fonction de certains éléments : cours d'une marchandise de sa fabrication, de son chiffre d'affaires ou même de ses bénéfices. Ces avantages avaient pour but de pallier les inconvénients de la dépréciation monétaire.

On se rend alors compte que l'immense majorité des entreprises se trouve dans l'impossibilité de se procurer à l'extérieur les capitaux indispensables à son existence, et dans l'impérieuse nécessité d'opérer une rétention quasi intégrale des augmentations de ses capitaux propres. Rétention qui d'ailleurs est d'autant plus urgente, que comme on l'a signalé, cette augmentation est une question de vie ou de mort pour l'entreprise.

Les Sociétés de premier plan n'ont d'ailleurs pu acquérir elles-mêmes une structure financière solide leur assurant un vaste crédit, qu'en retenant une grande partie de leurs bénéfices et que là encore, les réserves ont joué dans l'existence et les possibilités d'appel au crédit de ces sociétés, un rôle déterminant.

On a pu soutenir que cette politique de constitution de réserves importantes était en elle-même un facteur déterminant de l'insuffisance du marché des capitaux et de la difficulté de recourir avec succès à l'épargne publique.

La perspective d'investir des fonds dans une société ne serait guère tentante, a-t-on dit, alors qu'il est peu probable de toucher des dividendes aussi substantiels qu'il serait permis de l'espérer. A supposer même que les épargnants ne soient pas découragés à l'avance, encore faut-il qu'ils disposent des capitaux nécessaires. L'absence de distribution de dividendes prive leurs ayants-droit de rentrées qu'ils pourraient lancer sur le marché des capitaux, en souscrivant des actions ou des obligations.

En résumé c'est parce que les Sociétés constituent des réserves importantes que le marché des capitaux est insuffisant. Or c'est par suite de cette insuffisance que les entreprises doivent retenir le plus clair des profits réalisés. Le cercle est refermé. On voit mal comment il pourrait se rouvrir...

Au vrai, le changement intervenu dans la mentalité des actionnaires est susceptible d'éclairer le problème d'un jour nouveau. Sous le règne du Franc Germinal, les actionnaires savaient qu'en conservant les dividendes en espèces, ou en les plaçant de manière à pouvoir les récupérer immédiatement, ils ne couraient aucun risque de dépréciation. L'absence à peu près totale d'impôt ne mettait pas davantage obstacle à ce que les actions répondent à ce qu'on attendait d'elles, de gros dividendes. Si une société bien administrée, et réalisant les bénéfices réguliers, avait besoin de capitaux supplémentaires, les actionnaires étaient prêts à les lui accorder. Il leur suffisait de puiser dans les dividendes antérieurs qu'ils avaient pu épargner.

Actuellement il en va tout autrement. Les propriétaires d'actions escomptent essentiellement une hausse de la valeur de leur titre. Il n'est pas exagéré de considérer que les actionnaires attendent de la société qu'elle opère pour leur compte le placement ou la capitalisation des bénéfices. Les associés entendent ainsi être déchargés du soin de parer aux inconvénients de la dévaluation monétaire. Ils y trouvent de plus l'avantage déjà souligné de mobiliser en franchise d'impôt les bénéfices retenus.

Ainsi l'entreprise trouve dans ses propres ressources du consentement de tous les associés, les capitaux que les tiers ne sont pas en mesure de lui fournir. En l'état actuel des choses la part des réserves dans le financement propre ne peut que croître.

La constitution des réserves est devenue une nécessité pour l'entreprise, en même temps qu'elle correspond au vœu des actionnaires.

Cette exigence impérieuse ne peut manquer de réagir sur les conditions et les formes mêmes que peut revêtir la constitution de ces comptes de capitaux propres. La preuve en sera fournie tout au long de l'étude de cette constitution qu'il faut maintenant entreprendre.

CHAPITRE II

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES AVEC LE CONSENTEMENT DES ASSOCIÉS

97. Les impératifs dictés par une saine gestion économique et financière de l'entreprise exigent la constitution de réserves, souvent très importantes. Est-ce à dire que cette constitution ne se heurtera à aucune difficulté ? Certainement pas. Il ne faut pas oublier que l'exploitation de l'entreprise sous une forme sociétaire, suppose le respect de règles de droit particulières.

Si les associés consentent librement et en toute connaissance de cause à retarder l'exigibilité de tout ou partie des créances de passif interne dont ils peuvent être titulaires à son égard, aucun obstacle ne devrait surgir. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que soit réunie l'unanimité autour de la décision à prendre. L'expérience prouve suffisamment combien cette hypothèse est rare, dès que les actions sont réparties entre un nombre d'actionnaires un tant soit peu élevé.

L'impossibilité d'obtenir l'accord de tous les intéressés n'est d'ailleurs pas propre à notre matière. Pour la pallier il a fallu organiser la Société, c'est-à-dire mettre en place un certain nombre d'organes, et réglementer leurs pouvoirs et leur compétence.

Sur le point qui nous occupe, la première question à trancher sera de déterminer lequel ou lesquels parmi les organes sociaux peuvent valablement décider la constitution des réserves. La sanction sera normalement la nullité de la délibération prise en violation des règles ainsi dégagées, nullité pouvant être demandée par tout actionnaire opposant.

A supposer la décision prise dans des conditions régulières en la forme, il se pose un autre problème. La minorité peut-elle refuser de s'incliner, en arguant, cette fois, du non-respect de règles de fond ? La question à résoudre est alors de savoir si une constitution de réserves est toujours légitime, ou si au contraire elle ne peut intervenir que dans certains cas.

A vrai dire, ces deux ordres de problèmes ne sont pas aussi distincts qu'il pourrait paraître à première vue. La qualité de l'organe ayant pris la décision est susceptible de réagir assez profondément sur sa légitimité.

Aussi est-il indispensable pour bien saisir les solutions à apporter à ces problèmes, d'en exposer préalablement les données.

§ 1. — *Données du problème*

98. Suivant la procédure normale, les comptes arrêtés par le Conseil d'Administration sont communiqués à l'assemblée générale convoquée pour les approuver. Celle-ci examine les propositions du Conseil d'Administration, entend le rapport des Commissaires aux comptes, et prend finalement une décision fixant le chiffre du bénéfice net. Ce chiffre ne peut d'ailleurs être arrêté plus ou moins arbitrairement, mais résulte, comme on le sait de la différence entre l'actif et le passif évalués correctement.

Seul est alors connu le montant du bénéfice réalisé. Il reste encore à décider la distribution totale ou partielle de ce bénéfice, ou au contraire son maintien à la disposition de la Société. L'assemblée générale prend parti sur cette question, en se contentant généralement d'entériner purement et simplement les propositions du Conseil d'Administration.

La loi de la majorité qui est une des règles d'or du fonctionnement des sociétés anonymes devrait avoir pour conséquence l'impossibilité pour un actionnaire dissident de contester la validité d'une constitution de réserves. Et ce d'autant plus, dit-on, que la majorité a fait prévaloir l'intérêt social sur les intérêts particuliers des actionnaires.

A cela l'actionnaire mécontent répond que la majorité a abusé de son pouvoir, en masquant derrière un pseudo intérêt social, des motifs moins louables, au détriment du droit individuel de chaque associé à une fraction des bénéfices sociaux, c'est-à-dire de son *droit au dividende*.

Ce conflit latent qui oppose le pouvoir de la majorité au droit individuel de l'actionnaire a fait l'objet de nombreuses études. Les controverses sont loin d'être closes. Transposé sur le plan de la lutte entre intérêt collectif et intérêt individuel, il s'est vu proposer toute une gamme de solutions, dont il suffit de rappeler assez rapidement les principales¹.

1°) Pour certains, le bénéfice net tel qu'il ressort du bilan se transforme nécessairement en bénéfice à répartir, sous déduction éventuellement de retenues imposées par la loi ou les statuts. Le rôle de l'assemblée générale ne peut être que de constater le chiffre exact du dividende.

Les tenants de cette thèse du *droit absolu* au dividende font valoir qu'il est de l'essence même du contrat de Société. La définition de l'article 1832 du Code civil suppose en effet, non seulement la recherche de bénéfice, mais encore leur partage immédiat et intégral².

Le droit au dividende est le droit essentiel derrière lequel les autres passent en seconde ligne. La préoccupation principale sinon unique de l'actionnaire est d'obtenir chaque année le quote-part de bénéfice à laquelle il a droit. Peu importe que la mise de bénéfices en réserves constitue un simple retard dans leur distribution. Peu importe même que les

1. Pour plus de détails Cf. AMIAUD, *op. cit.*, nos 135^e et s.; CORDONNIER — « Des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires en matière de constitution de réserves », *J. Soc.*, 1928, p. 129 et s.

2. Cf. AMIAUD, *op. cit.*, n° 141, p. 243. L'auteur prend le soin de préciser que cette opinion suppose admis le fait que la répartition annuelle des bénéfices n'est pas un tempérament d'ordre pratique, mais bien un des principes sur lesquels repose toute l'économie de l'institution des sociétés par actions.

distributions ultérieures soient plus fortes, et le patrimoine à partager à la liquidation plus considérable¹.

2^o) Pour d'autres, à l'inverse, la décision supprimant pour un exercice déterminé toute distribution de bénéfice pour constituer une réserve, ne peut subir d'opposition des intéressés.

Les partisans de cette opinion avancent pour la soutenir les arguments qui sont repoussés par les tenants du droit absolu au dividende : simple retard dans la distribution, la constitution de réserves permettra non seulement d'accroître les bénéfices ultérieurs, mais encore le boni de liquidation. Bien entendu, il faut alors admettre un postulat inverse du précédent, à savoir que la répartition de bénéfices au cours de la vie sociale est un simple tempérament pratique. C'est l'exception, la règle demeurant la répartition à la fin de la Société.

Il est alors facile de mettre l'accent sur la nécessité, pour la bonne marche de l'affaire, de constituer des réserves. L'intérêt social doit prévaloir d'une manière absolue sur les intérêts individuels des membres du groupe social.

3^o) En vérité, il est peu d'auteurs pour soutenir l'une ou l'autre de ces positions jusqu'à leurs conséquences extrêmes. C'est dans la série des solutions intermédiaires, qui aboutissent à des résultats assez voisins, que l'on trouve la presque totalité des opinions émises sur notre question.

C'est ainsi que M. Amiaud reconnaît le droit des actionnaires sur l'intégralité des bénéfices disponibles, mais limite ce que cette solution aurait de trop absolue, en prévoyant que ce droit pourra en certains cas, recevoir une atteinte, quand cela apparaîtra nécessaire dans l'intérêt de la Société².

C'est ainsi encore que Wahl accorde à l'assemblée annuelle le pouvoir de retenir tout ou partie des bénéfices, mais à la condition seulement que ce soit pour répondre à un emploi de fonds pouvant valablement être ordonné par cette assemblée.

En résumé le droit de l'actionnaire apparaît seulement comme *celui de ne pas être indûment privé* de son droit sur les bénéfices réalisés³.

La position de la jurisprudence ne peut guère fournir d'enseignement, les décisions qu'elle a rendues en la matière étant contradictoires. Il a pu sembler qu'elle reconnaissait plutôt le principe de la souveraineté de l'assemblée générale ordinaire pour décider de répartir ou non les bénéfices de l'exercice, à la condition toutefois que la poursuite d'un intérêt social soit justifiée⁴. Les termes de l'arrêt de la Cour de Paris du 28 février 1959 précité⁵ permettent de douter du triomphe de l'une ou l'autre conception.

1. Sans vouloir entrer dans le détail de la discussion, il nous paraît indispensable de signaler les changements intervenus en particulier depuis la dernière guerre, et susceptibles d'ôter beaucoup de leur valeur à ces arguments. Aussi longtemps que la monnaie a été stable, la sûreté résidait dans les obligations, pour lesquelles on admettait qu'il soit servi un intérêt assez faible. Les actions beaucoup plus spéculatives ne constituaient pas des placements de père de famille ; on attendait d'elles un rapport élevé. Aujourd'hui le phénomène inverse est constaté. Plus que des dividendes importants (qui supporteront tdes impôts très lourds), l'actionnaire espère une élévation du cours de son titre. Or la constitution de réserves est un facteur important de hausse en Bourse, dès lors autant qu'un dividende même faible est distribué par ailleurs. Aussi est-il assez contraire à la réalité de prétendre que les associés veulent avant tout se répartir l'intégralité du bénéfice.

2. AMIAUD, *op. cit.*, n° 142, p. 245.

3. RIPERT, *op. cit.*, n° 114, p. 535.

4. Cf. NOIREL, *op. cit.*, n°s 166 et s., et les décisions citées.

5. Paris 28 février 1959, précité n° 47.

99. On ne saurait passer sous silence l'explication donnée dans une étude récente et particulièrement intéressante de M. Despax¹. Selon cet auteur le véritable conflit n'est pas tant celui qui oppose l'intérêt social aux intérêts individuels, que celui qui s'élève entre l'intérêt économique de l'entreprise, d'une part, et l'intérêt des actionnaires d'autre part.

Il serait paradoxal de voir l'intérêt d'une entreprise, dont les actionnaires sont en principe les maîtres absolus se retourner contre ces mêmes actionnaires et leur imposer sa loi. La pratique révèle pourtant qu'il en va souvent différemment. L'instrument juridique de la suprématie de l'entreprise est la création de réserves.

Si dans le cas des réserves, il y a coïncidence entre l'intérêt de la société et l'intérêt de l'entreprise, il n'en reste pas moins que *l'intérêt de la première est déterminé en fonction de la situation économique de la seconde*. On peut affirmer que l'intérêt de la société n'est en réalité que le reflet de l'intérêt de l'entreprise et que c'est celui-ci qui justifie l'abandon fait par les actionnaires de leur droit au dividende.

Dans cette voie, on ne peut qu'admettre que les actionnaires soient « immolés sur l'autel de l'intérêt de l'entreprise ».

Bien que le résultat auquel elle aboutisse, puisse sembler bien rigoureux, cette thèse est fort séduisante. Elle semble pourtant encourir une double objection. Elle suppose, en effet, admis d'une part que les actionnaires sont des entrepreneurs et d'autre part que cette qualité est susceptible d'entraîner des obligations strictes.

Avec peut-être moins de hauteur de vue, et en demeurant sur le terrain de la technique juridique, il paraît possible d'arriver à des conclusions assez voisines de celles de M. Despax.

L'argument essentiel invoqué à l'appui d'un droit au dividende, sinon absolu, du moins renforcé, réside dans la nature même du contrat de société. Le caractère intéressé d'un groupement est indispensable pour que lui soit reconnue la qualité de société. Mais le fait que le contrat de société vise la recherche et le partage de bénéfices, a trop fait perdre de vue que cette réalisation si elle est une fin n'est pas un moyen. Ce moyen, c'est l'exercice par la Société d'une activité : l'objet social.

Le paradoxe rencontré se retrouve ici, mais posé en des termes sensiblement différents. Comment admettre que la distribution des bénéfices puisse avoir cette conséquence de nuire à l'activité même de la société, de l'empêcher de fonctionner normalement ? Comment peut-on vouloir la fin, si l'on refuse les moyens ? C'est un bien curieux procédé que de détruire l'outil de travail lui-même. Il est bien difficile de ne pas évoquer la déconvenue du propriétaire de la poule aux œufs d'or...

Il n'est pas besoin de longues réflexions pour s'apercevoir que l'objet social a pour effet de créer « un organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services » et c'est là, l'une des définitions de l'entreprise². Les exigences économiques de l'entreprise se confondent donc avec les impératifs de la réalisation de l'objet social. Nous pensons avoir prouvé que ces derniers pouvaient et même devaient faire échec, le cas échéant, à ce droit au dividende des associés.

1. M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris 1957, n° 187 et s.

2. Cf JAMES, t. III du *Traité d'Economie politique* de H. TRUCHY, Paris 1935, p. 131. Cette définition sert de point de départ à l'étude de M. Despax.

Par des voies différentes, on retrouve donc l'idée de la précellence des intérêts de l'entreprise sur ceux des actionnaires. Il semble possible d'affirmer que l'économie tient le juridique en l'état. Mais il n'est pas possible pour autant d'admettre d'éventuels abus de droit, ou excès de pouvoir, qui doivent constituer les « soupapes de sûreté » du système.

100. Le conflit qui vient d'être retracé, donne un aperçu des problèmes qui se posent à propos de la légitimité de la constitution des réserves. Les termes de la discussion sont connus ainsi que les principes généraux qui peuvent être mis en œuvre pour la trancher.

Il va sans dire que ces difficultés sont prévisibles avant même que la Société n'ait commencé à fonctionner. Ce sera même normalement un des points qui attireront le plus l'attention des fondateurs et des souscripteurs. Le but de la Société étant de réaliser des bénéfices en vue de leur répartition, il est logique de penser que les associés porteront un soin particulier à la rédaction des articles du pacte social relatifs à la détermination et à l'emploi des résultats de l'activité sociale.

Que l'on voie dans la Société un contrat ou une institution, importe peu ici. Que l'on invoque, en effet, l'article 1134 du Code Civil, ou des principes plus généraux, on aboutit à cette même conclusion que le pacte social est la loi des parties. Comme tel il s'impose à tous les associés et un seul peut le faire respecter à l'encontre de la majorité si forte soit elle.

Les stipulations des statuts apparaissent donc comme essentielles pour décider de la régularité de la constitution des réserves. C'est si vrai qu'un auteur a cru pouvoir en tirer des conséquences très strictes, critiquant avec force l'esprit protectionniste qui a en France des racines immenses¹. « Considérer les actionnaires comme des citoyens majeurs qui ont le droit de faire des bêtises, mais qui alors doivent en supporter les conséquences, est une conception qui n'entre pas dans l'intellect de nombreux juristes ».

Notre intellect doit être frappé de cette faiblesse puisque nous refusons de suivre dans l'intégralité de ces conclusions cet éminent auteur.

Aussi longtemps que le texte des statuts est clair et sans ambiguïté, il est bien certain que sa stricte application s'impose. Mais qu'apparaisse quelque doute, dans le sens d'un article, ou encore que le silence soit gardé, on ne voit pas quelle raison impérieuse dicterait d'interdire la constitution de réserves.

C'est, qu'en effet, il convient de distinguer avec soin différentes hypothèses :

- ou bien la constitution de réserves est expressément autorisée ;
- ou bien elle est expressément interdite ;
- ou bien enfin elle n'est pas prévue.

A chacun de ces cas, correspondront des solutions ne pouvant être que profondément différentes. Il convient donc de les examiner successivement pour tenter de dégager les règles correspondantes.

101. A ces difficultés tenant aux rapports des actionnaires entre eux, vient s'ajouter un autre élément : l'existence de participants au bénéfice

1. COPPER-ROYER, *op. cit.*, n° 360.

annuel non associés. C'est le cas pour une série d'ayants droit, salariés jouissant d'une participation dans les résultats, porteurs de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur, administrateurs.

Bien que titulaires d'une partie de la créance de passif interne que représente le solde du compte pertes et profits, ils n'ont aucun pouvoir pour en décider la mise en distribution, ni le maintien dans le patrimoine social. Il y a plus, leur droit ne s'ouvre en effet dans la majorité des cas, que sur tout ou partie de la somme dont la répartition est décidée. En sorte qu'ils peuvent ne rien toucher en cas de mise en réserve des bénéfices. Et, comme de plus, ils n'ont généralement aucun droit sur le boni de liquidation, la création de réserves leur cause une perte sèche¹.

Le conflit opposant ces ayants droit, et en particulier les porteurs de parts aux actionnaires est inévitable et bien connu comme étant la source principale des litiges².

Comme les actionnaires, mais à un titre différent ces divers participants sont liés entre eux et à l'égard de la Société par un contrat qui forme la loi des parties. C'est donc essentiellement au texte même du pacte social qu'il faudra se référer pour apprécier la valeur d'une opposition éventuelle à la constitution de réserves. Il est certain qu'une modification unilatérale des stipulations initiales est impossible. Cela est particulièrement net pour les porteurs de parts de fondateur pour qui la loi du 23 janvier 1929 a prévu dans quelles formes devrait être donné cet accord. A défaut de quoi, les modifications décidées leur seraient inopposables³.

Le problème reste, par contre, entier lorsque les dispositions statutaires s'expliquent mal ou même sont muettes quant à l'hypothèse de la rétention de bénéfices.

Les mêmes distinctions se retrouvent qu'à propos du conflit entre actionnaires majoritaires et minoritaires. Ce sont celles qui servent de guides dans l'étude des solutions à apporter à notre problème.

§ 2. — Solutions du problème

102. La faculté de constituer des réserves peut être expressément prévue par les statuts. Elle peut d'ailleurs se trouver mentionnée sous des rubriques fort différentes du pacte social. En règle générale les stipulations de cet ordre figurent soit aux articles consacrés à la détermination et à la répartition du bénéfice d'exercice, soit aux articles réglant les pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire annuelle.

Dans la première hypothèse, la majorité des statuts prévoient qu'il est opéré sur les résultats d'exercice, les prélèvements nécessaires à assurer la dotation du fonds de réserve légale et le service d'un premier intérêt aux

1. Notons enfin que pour les parts de fondateur il existe un autre dommage possible. Le rachat ou la conversion de ces parts peut être prévu dans les statuts, les bases de l'opération étant précisées. Parmi les diverses combinaisons employées figure la détermination de la valeur des parts en fonction des dividendes répartis au cours des derniers exercices. La constitution de réserve est alors une cause supplémentaire de préjudice pour les porteurs de parts qui voient la valeur de leurs titres diminuer considérablement.

2. Cf. p. ex. : RIPERT, *op. cit.*, n° 1245, NOIREL, *op. cit.*, n°s 223 et s.

3. Cf. RAULT, *Traité théorique et pratique des parts de fondateur*, p. 129.

actionnaires, calculé sur le montant libéré et non amorti du capital social. Le solde est soit distribué entre actionnaires, porteurs de parts et administrateurs, soit reporté à nouveau, soit enfin viré à un compte de réserve, selon la décision que prendra à ce sujet l'assemblée ordinaire.

Dans le second cas, il est stipulé qu'entre autres pouvoirs, l'assemblée annuelle aura ceux d'approuver les comptes présentés par les administrateurs, d'arrêter le chiffre des bénéfices, d'en décider la répartition ou au contraire de les porter à tout compte de réserve, dont la création apparaîtrait souhaitable.

Parfois le désir d'éviter toute difficulté conduit à utiliser cumulativement les deux procédés. Le résultat cherché n'est cependant pas toujours atteint pour autant. Il arrive, en effet que l'une des rédactions soit changée sans que l'autre subisse les modifications correspondantes.

A supposer qu'aucune contradiction éventuelle ne vienne apporter de trouble, il est certain que la constitution de réserves peut alors valablement être décidée par la majorité des actionnaires réunis en assemblée générale ordinaire.

Il est non moins certains que le pouvoir que détient ainsi la majorité n'est pas sans limite. La loi intérieure reconnaît à la majorité le droit de maintenir la créance collective à la disposition de la Société. Lorsque le titulaire d'un droit l'exerce à seule fin de causer un dommage à autrui, sans intérêt sérieux pour lui-même, il y a abus de droit. Cette notion doit être retenue en notre matière, et entraîner la nullité d'une constitution de réserve autorisée par les statuts. A vrai dire la majorité pourrait souvent arguer d'intérêts sérieux. Les tribunaux ne reconnaîtront pas pour autant le caractère licite de la décision de l'assemblée, parce que les intérêts dont il est argué sont étrangers à ceux de l'entreprise. En sorte que la notion de l'abus de droit sera souvent utilisée dans un domaine qui n'est pas exactement le sien.

Il s'agit en effet plus d'un détournement de pouvoir que d'un abus de droit. En prenant en considération le conflit traditionnel, intérêt individuel intérêt social, on est conduit à admettre qu'il se ramène au conflit entre le but du contrat de Société, et les moyens de parvenir à ce but. Lorsque se pose la question de savoir si une créance de passif interne doit être déclarée exigible, c'est aux solutions à apporter à ce conflit qu'il faut se référer. La majorité est supposée le meilleur juge en la matière. C'est pour cela que le pouvoir de décision lui est donné, par les statuts, ou si l'on préfère par la loi interne. Dès lors il faut appliquer le principe *cessante ratione legis cessat lex*.

L'affirmation par le pacte social du pouvoir de la majorité n'est pas cependant dépourvue d'intérêt. Son utilité essentielle est de *créer une présomption de légitimité* au profit des réserves ainsi constituées. Il appartiendra aux actionnaires minoritaires de prouver le détournement de pouvoir. Il ne leur suffira pas de rapporter la preuve que la majorité a retiré de la décision un bénéfice personnel. Il faut encore démontrer que l'activité sociale n'a rien gagné au maintien de capitaux propres supplémentaires. Preuve bien délicate, on ne peut le nier.

103. Beaucoup plus rarement le texte des statuts interdit formellement la constitution de réserves. La nécessité de cette constitution n'est plus à

démontrer et la pratique l'a ressenti depuis longtemps. Le réalisme des hommes d'affaires les empêche de prévoir une mesure aussi rigoureuse, malgré le désir qu'ils peuvent avoir de rassurer les actionnaires contre d'éventuels abus d'autofinancement. Le remède serait pire que le mal. On peut objecter qu'il reste toujours la ressource de modifier les dispositions devenues inadéquates, ou se révélant comme telles. Cette possibilité est certaine, mais il serait curieux d'insérer dans le pacte social une clause avec l'intention de la modifier peu après. Ce serait le plus souvent une manœuvre destinée à attirer les souscriptions par une promesse destinée à ne jamais être tenue.

Si malgré tout la constitution de réserve par maintien à la disposition de la Société des bénéfices d'exercice est interdite, le respect de cette clause s'impose d'une manière absolue. Il n'appartient pas à une assemblée générale ordinaire de prendre une telle décision. Tout actionnaire a le droit de faire appliquer strictement la loi intérieure.

104. L'assemblée générale ordinaire tient dans beaucoup de cas des statuts eux-mêmes, le pouvoir de décider de porter tout ou partie des bénéfices de l'exercice à un compte de réserve. Infiniment moins fréquent est le refus exprès de ce pouvoir.

Entre ces deux alternatives, il existe une éventualité qui ouvre la porte à des difficultés très délicates à trancher. Que doit-on décider lorsque le texte du pacte social est muet, ou ambigu ?

Une première opinion est que le silence des statuts équivaut à une autorisation. Le point de vue contraire a été également soutenu, c'est une interdiction qu'il faut déduire de ce même silence.

Pour les tenants de la valeur permissive du silence, tout ce qui n'est pas expressément prohibé est légitime. Les partisans de la solution inverse retournent l'argumentation, ce qui n'est pas permis formellement est prohibé. De tels postulats permettent de résoudre aisément le problème. Le caractère gratuit des affirmations de départ doit détourner d'opter pour l'un ou l'autre terme.

Aussi est-il normal de voir le débat se placer sur un autre terrain, celui où aboutissent finalement toutes les discussions en matière de constitution de réserves.

La justification essentielle de l'opinion admettant la légitimité de la constitution de réserve, non prévue par les statuts, réside dans l'intérêt social. Celui-ci commande l'augmentation des capitaux propres de la Société. Or la majorité a pour mission de veiller à ce que soient prises toutes mesures nécessaires ou même simplement utiles à la bonne marche des affaires sociales. Donc s'il apparaît à la clôture d'un exercice qu'il serait souhaitable de ne pas répartir les bénéfices, l'assemblée ordinaire peut et doit prendre la décision correspondante.

Les adversaires de cette solution ont beau jeu de répondre qu'une telle décision excède les pouvoirs de l'assemblée générale annuelle. Sa mission est d'approuver les comptes qui lui sont soumis. Une fois cette approbation donnée, elle est impuissante pour changer le sort des bénéfices. La nature des choses veut qu'ils soient distribués. Peu importe qu'une nécessité se fasse sentir qui inciterait à créer des réserves. Les statuts n'ont rien prévu.

Il faut appliquer la loi. *Dura lex, sed lex*. Les actionnaires ont un droit individuel qu'on ne peut paralyser.

105. D'ailleurs, font remarquer les mêmes auteurs, il existe une solution très simple. Les pouvoirs que ne possède pas l'assemblée ordinaire des actionnaires, l'assemblée extraordinaire les détient. La théorie des bases essentielles a eu son heure de succès, mais aujourd'hui la conception institutionnelle semble l'avoir emportée. En tout cas, il ne fait aucun doute qu'en respectant une procédure plus complexe peut être, mais plus protectrice des droits individuels, il est possible de parvenir au résultat souhaité.

Cette conception qui peut se réclamer d'une logique rigoureuse a inspiré les membres de l'Association Nationale des Sociétés par Actions. Dans le projet établi par leurs soins, et qui a servi de base aux travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce et du droit des Sociétés, pour la législation des Sociétés anonymes, l'art. 132 prévoyait en effet que « les réserves sont dotées par l'assemblée générale ordinaire lorsqu'elles sont prévues par la loi, les règlements ou les statuts, et par l'assemblée générale extraordinaire dans les autres cas »¹.

A la suite de diverses séances tenues en 1951 et 1952, et essentiellement sous l'influence de M. Amiaud, ce texte a été profondément remanié. Son dernier libellé le prouve : « l'assemblée générale ordinaire peut même dans le silence des statuts, constituer toutes réserves en cas de nécessité »².

Les exigences de la pratique sont particulièrement vives sur ce point. La réunion d'une assemblée extraordinaire est en effet assortie de formalités assez lourdes. Il faut fréquemment procéder à deux ou même à trois convocations. Il en résulte pour la Société des dépenses élevées, sans profit pour les actionnaires qui se désintéressent de la tenue de ces assemblées. C'est faire preuve d'un formalisme rigide et inutile.

106. Quel que soit l'intérêt de ces questions, elles se posent *de lege ferenda*³. Les solutions du droit positif doivent davantage attirer notre attention.

Les décisions jurisprudentielles sont la seule source qui puisse être consultée. Il convient plus que jamais de rappeler la difficulté de tirer un enseignement exhaustif d'une telle étude, dans une matière où les éléments de fait, et les considérations d'équité déterminent essentiellement l'intime conviction des magistrats.

Le conflit oppose par hypothèse deux intérêts, l'un social, l'autre individuel. Il est bien délicat de trouver des critères objectifs pour décider lequel doit triompher de deux éléments subjectifs.

C'est d'ailleurs un argument qui a été avancé pour condamner la constitution de réserve par l'assemblée générale ordinaire, « si l'intérêt de la Société l'exige » ou « un cas de nécessité ». Il n'est pas besoin d'être grand

1. *Travaux de la Commission de Réforme*, précités, p. 534.

2. *Ibid.*, p. 569.

3. Le problème de la législation des Sociétés anonymes paraît connaître un regain d'actualité. La protection des minorités s'impose. Mais pour quelques sociétés qui évoquent « la forêt de Bondy » de sinistre mémoire, il faut reconnaître que les véritables abus sont assez rares. Doit-on pour en éviter quelques-uns imposer des mesures draconiennes à l'immense majorité ?

clerc, a-t-on pu écrire, pour comprendre qu'une semblable théorie ouvre benoitement la porte à toutes les fantaisies d'une majorité... En outre elle attribue compétence aux Tribunaux pour connaître d'une manière en quelque sorte permanente des décisions prises par l'assemblée générale. Et les magistrats ont en cette matière fait preuve d'une telle versatilité d'esprit, qu'il apparaît peu sûr de s'en rapporter à des tribunaux composés pour moitié de Don Quichotte et pour moitié de Sancho Pança¹.

Certaines décisions apparaissent inconciliables. Les unes reconnaissent en effet un droit absolu au dividende, ou plus exactement à la répartition intégrale des bénéfices d'exercice² tandis que les autres, dans des espèces apparemment identiques, valident la suppression totale de distribution.

Il est remarquable de constater que pour parvenir à ces solutions, les magistrats évitent dans la mesure du possible de prendre parti sur le fond du litige, préférant se placer sur un terrain légèrement différent. La technique la plus utilisée consiste en effet, à interpréter le silence comme une autorisation implicite. Certaines clauses de style offrent cette possibilité, que les tribunaux n'ont pas manqué de mettre à profit.

C'est ainsi qu'ils tirent argument de la disposition qui reconnaît à l'assemblée générale annuelle le pouvoir de *fixer le dividende*, pour conclure qu'elle est implicitement autorisée à ne distribuer que des dividendes compatibles avec la bonne administration et le développement des affaires de la Société³. Il est admis généralement que cette clause signifie seulement que l'assemblée a le pouvoir d'approuver ou de rejeter les comptes présentés par le Conseil d'Administration, et une fois ces comptes arrêtés de fixer, d'après les bénéfices qu'ils font ressortir, et conformément au mode de répartition statutaire des bénéfices, le montant du dividende⁴. En sorte que l'interprétation jurisprudentielle dénature la véritable signification de la clause.

A vrai dire, l'extension donnée par les juridictions à cette clause est favorisée par l'existence d'une autre disposition que l'on rencontre également très souvent dans le texte des statuts. Ceux-ci reproduisent, en effet, à peu de choses près, le libellé de l'article 36 de la loi de 1867 imposant aux Sociétés de faire sur les bénéfices un prélèvement d'un vingtième *au moins*, jusqu'à un chiffre atteignant 10% du capital au minimum. Cette rédaction contient indubitablement un « germe » de compétence pour l'assemblée ordinaire, puisqu'aussi bien le taux de la retenue, que son quantum maximum ne sont pas limitativement fixés. La jurisprudence n'a pas manqué d'utiliser cette possibilité⁵.

Mais plus encore que ces arguments, de pur droit, c'est la prudence traditionnelle de la Justice qui est la meilleure explication de cette diversité de solutions. Un arrêt de la Cour de Paris est particulièrement significatif à cet égard. « Les juges ont le devoir, surtout en cette matière, de n'user de leurs pouvoirs qu'avec prudence et circonscription, de façon à ne pas entraver la politique financière des Sociétés, à ne point modifier l'orienta-

1. COPPER-ROYER, *op. cit.*, n° 359, p. 555.

2. Notamment : Paris, 28 février 1959, précité, n° 47

3. Cf. Trib. com. Seine, 26 juin 1925, *J. Soc.*, 1927.410.

4. CORDONNIER, *op. cit.*, *J. Soc.* 1928, p. 137.

5. Cf. p. ex. : Trib. com. Seine, 20 janvier 1925, *Rev. Soc.*, 1925.293.

tion donnée à leur marche générale, en vue d'une évolution mûrement calculée, à ne point bouleverser les méthodes d'administration de la pratique desquelles peut dépendre non seulement leur prospérité mais même leur existence, de manière aussi à ne point restreindre en dehors des cas où ces abus sont nettement invoqués et clairement démontrés, les pouvoirs généraux concédés aux assemblées générales»¹.

Aussi ne peut-on être que fort surpris des termes de l'arrêt précité rendu par la même Cour le 28 février 1959. La condamnation explicite qu'il contient du principe même de l'autofinancement, va directement à contre-courant des exigences économiques. Sans vouloir en tirer argument pour critiquer une telle décision, sans insister non plus sur des affirmations fantaisistes, qui laisseraient croire que les réserves ont les mêmes caractéristiques juridiques que le capital, on est forcé de s'étonner de la position adoptée par une « Chambre noble » de cette Cour de Paris. Elle s'arroge, sans l'ombre d'une hésitation le pouvoir de décider, aux lieu et place de la Société, quelle politique financière doit être suivie. Que les procès de ce genre se multiplient, et le Tribunal de Commerce de la Seine déjà surchargé devra laisser les dossiers vieillir un peu plus longtemps pour s'occuper des faillites entraînées par sa propre jurisprudence... Sans doute en l'espèce y avait-il eu véritablement abus. Il n'apparaissait pas indispensable que la Cour ait pris si fortement et si maladroitement parti, sur un problème plus général qui ne lui était pas soumis.

Le silence des statuts soulève on le voit des difficultés bien difficiles à trancher. Pour le faire, à défaut de vouloir placer les litiges sur leur véritable terrain, on les ramène à des cas plus faciles à résoudre, du moins en apparence. Pour autoriser la constitution, valeur permissive est reconnue au silence. Ce silence, dans d'autres espèces, sera déclaré équivaloir à une interdiction expresse.

La stipulation des statuts autorisant la constitution de réserves crée une présomption simple de légitimité. Cette présomption n'existe pas dans le silence des statuts, ou plutôt ne devrait pas exister, et pourtant il semble bien que les deux situations soient finalement très proches.

Dans les deux cas, en effet, c'est un actionnaire minoritaire qui demandera l'annulation de la délibération de l'assemblée générale ordinaire. Dans les deux cas il devra arguer d'un abus de droit, démontrer que l'activité sociale n'a rien gagné au maintien de capitaux propres supplémentaires. A défaut de rapporter cette preuve, il sera débouté purement ou simplement dans un cas, au fond, dans l'autre, après le tour de passe-passe consistant à dire : silence égale autorisation. S'il prouve au contraire le bien-fondé de ses griefs, il obtiendra gain de cause dans les deux cas soit au fond dans la majorité des cas, ou parfois, après l'affirmation que le silence égale l'interdiction.

107. Jusqu'à présent seul a été évoqué le droit d'opposition des actionnaires à la constitution de réserves jugées antistatutaires ou au minimum abusives.

Les actionnaires ne sont pourtant pas les seuls à pouvoir prétendre

1. Paris, 17 juillet 1917, D., 1918.2.9. Note Lacour.

appréhender les bénéfices sociaux. Il existe d'autres ayants-droit à la créance que constitue le solde bénéficiaire du compte de résultats. L'exigibilité de cette créance interne est soumise à la décision des seuls actionnaires. Les autres intéressés ne doivent pas rester impuissants en présence d'une situation créée par ceux qui ont un très large pouvoir même dans domaine qui ne les concerne pas directement.

Aux termes du décret du 30 septembre 1953, ayant modifié l'article 11 de la loi du 1^{er} mars 1943, les administrateurs ne peuvent désormais recevoir de tantièmes sur « les réserves constituées en exécution d'une délibération de l'assemblée générale ». La constitution de réserves avec le libre consentement des associés est donc susceptible de leur causer un préjudice parfois important. Il semble cependant peu vraisemblable que les administrateurs puissent vraiment critiquer les constitutions de réserves. Celles-ci, sont en effet, toujours décidées sur la proposition du Conseil d'administration, dont les membres votent *ès-qualité* d'actionnaires aux assemblées générales. Les administrateurs, seraient particulièrement mal venus à se plaindre d'un état de choses auquel ils ont non seulement consenti, mais dont ils ont même pris l'initiative.

La situation du personnel intéressé dans les bénéfices, ou des propriétaires d'obligations participantes est sensiblement différente. Ils ne prennent aucune part à la décision de l'assemblée générale. Le plus souvent la convention qui lie ces ayants-droit à la Société stipule que la participation est indépendante de la distribution ou de la rétention des bénéfices. Cette précision a l'avantage d'éviter des difficultés bien compréhensibles. Comme d'autre part, la fraction revenant à ces diverses catégories d'intéressés est généralement assez faible, la Société n'est pas gênée outre mesure par l'obligation de distribution correspondante.

Si toutefois le paiement des sommes revenant à ces ayants-droit est fonction de la décision de l'assemblée des actionnaires, il faut admettre que celle-ci dispose d'une certaine liberté et peut prendre toutes les mesures justifiées par l'intérêt de l'entreprise. Ce n'est donc qu'en cas d'abus de droit, que la réserve constituée au détriment des participants pourra être déclarée illégitime.

Les conflits les plus violents soulevés par la constitution de réserves opposent les porteurs de parts de fondateur ou bénéficiaires aux actionnaires. Qu'ils soient considérés comme des associés mineurs, ou des créanciers éventuels, les porteurs de parts ne bénéficient pas généralement d'un préjugé très favorable. Le législateur a voulu faciliter la disparition du « boulet » que la Société doit supporter, sans contre partie appréciable. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de voir les Tribunaux très réticents pour permettre aux porteurs de parts de critiquer les décisions de l'assemblée générale des actionnaires.

Un premier argument que n'a pas manqué d'utiliser la jurisprudence est l'interdiction faite à ces porteurs de s'immiscer dans l'administration de la Société. La célèbre affaire des mines du Laurium est un exemple frappant¹.

La Compagnie Française des Mines du Laurium avait créé des parts

1. Trib. civ. Seine, 20 décembre 1894, Paris 16 juillet 1896, S., 98.2.89, D., 99.2.361.

de fondateur. Celles-ci donnaient droit, aux termes de l'article 41 des statuts, à 12% des bénéfices restant après dotation de la réserve légale. Le pacte social décidait, par ailleurs, que le conseil d'administration disposait des pouvoirs les plus étendus, notamment pour la détermination des amortissements. En vertu de ces pouvoirs, les administrateurs avaient proposé la constitution d'un « fonds d'amortissement » doté de 831.235 fr 60 au cours des exercices de 1884 à 1887. Il s'agissait, en fait, d'une véritable constitution de réserve, les actionnaires ayant été informés par le rapport des administrateurs du caractère réel de l'opération. Ces circonstances semblaient particulièrement favorables à une réclamation des porteurs de parts, puisque la constitution de réserve se faisait sous le couvert d'une diminution du chiffre du bénéfice net. Les premiers juges avaient tranché le litige en faveur des porteurs de parts, au motif que les actionnaires avaient diminué la somme à mettre en répartition, en violation des règles statutaires et légales. La Cour de Paris infirma cette décision. Pour ce faire, elle retint, d'une part, que la constitution de réserve en tant que telle eût été régulière car le prélèvement pour la réserve légale peut être supérieure à 5%, d'autre part, que les porteurs de parts s'immisceraient indûment dans les affaires sociales, alors qu'ils ont entendu suivre les décisions des actionnaires. En admettant que les Tribunaux puissent apprécier l'opportunité de telles décisions, ce ne peut être qu'à la demande des actionnaires.

Il convient, au surplus, de noter que l'arrêt prend soin de relever qu'en l'espèce il n'est pas allégué le désir d'une fraude des droits des porteurs de parts. La seule voie de recours, qui peut être ouverte aux porteurs de parts n'est pas une action en nullité des délibérations de l'assemblée générale, mais une action en dommages-intérêts motivée par l'*intention des actionnaires de leur nuire*¹. La preuve d'une telle intention est délicate à rapporter. Il est facile aux actionnaires de prétendre qu'il y avait un intérêt pour la Société à la constitution de réserves, et que les porteurs de parts veulent en fait s'immiscer dans un domaine qui doit échapper à leur compétence. Le préjugé défavorable pesant sur les porteurs de parts, a conduit par contre-coup, les magistrats à une grande sévérité à leur égard, et à n'admettre que très rarement l'action de ces ayants-droit².

Un courant plus favorable aux porteurs de parts a semblé se dessiner en jurisprudence et en doctrine, en raison même des injustices dont ils ont été victimes³. Sa portée réelle est encore trop incertaine pour que l'on puisse être formel sur ce point.

108. La décision des actionnaires de maintenir à la disposition de la Société la créance de passif interne constituée par les bénéfices que nous venons d'étudier, révélait un caractère très général. Son trait essentiel paraît être l'ajournement *sine die* de la déclaration de mise en exigibilité. Ce caractère est indispensable pour que les réserves puissent tenir utilement leur fonction d'autofinancement, raison première de leur création.

1. Nancy, 27 avril 1939, *J. Soc.*, 1942.232. Ce fait est d'ailleurs favorable aux porteurs de parts car l'action en dommages intérêts se prescrit par trente ans, alors que l'action en redressement de comptes se prescrit par cinq ans.

2. Cf. p. ex. : Paris, 13 juill. 1948. *J.C.P.*, 48.II.4567, note Bastian.

3. Cf. Trib. com. Seine, 19 avril 1956, D., 1956, J. 622.

Les associés peuvent tout aussi bien fixer une date pour un nouvel examen de l'opportunité de la distribution. Le cas le plus typique est constitué par le *report à nouveau*. Il s'agit indubitablement d'une constitution de réserve puisque les capitaux propres de la Société se trouvent augmentés. Mais cette constitution peut être qualifiée de provisoire, les associés étant appelés à se prononcer à nouveau comme l'indique l'intitulé même de ce compte.

Le préjudice éventuel résultant pour les actionnaires du report à nouveau apparaît donc *a priori*, comme infiniment moins grave qu'en cas de constitution définitive. De plus, des circonstances de fait, telles que des difficultés de trésorerie peuvent justifier suffisamment la pratique du report de bénéfices. L'incertitude pesant sur le maintien de ces bénéfices à la disposition de la Société est en outre incompatible avec leur emploi à des fins d'autofinancement.

Ces raisons militent donc en faveur d'un régime particulier au report de bénéfices, régime moins sévère en ce que l'exigence d'un intérêt social serait moins fortement exigée que pour les autres réserves.

Une partie de la doctrine estime pourtant avec M. Amiaud, qu'une telle différence de régime n'est pas justifiée, car le retard théoriquement faible dans la distribution aboutira souvent à priver définitivement les actionnaires d'une répartition à laquelle ils pouvaient légitimement prétendre¹.

Cette formule appelle, de l'aveu même de son auteur quelques restrictions.

L'usage s'est répandu de ne distribuer comme dividende que des sommes rondes. Le chiffre du bénéfice n'est pratiquement jamais un multiple d'une telle somme. Il y aura donc un reliquat soustrait à la répartition. De même le montant des résultats d'un exercice peut être trop faible pour que chaque ayant droit encaisse une somme suffisamment importante pour justifier une distribution. Dans ces hypothèses on est en présence d'une simple opération de comptabilité « universellement pratiquée par toutes les sociétés », et comme telle considérée comme valable.

La légitimité de reports à nouveau portant sur des sommes considérables et renouvelés chaque année a pu paraître plus douteuse. Le caractère de nécessité semble moins évident, et surtout n'y a-t-il pas une fraude à cacher une décision en fait définitive, derrière une apparente précarité ?

Par son arrêt du 16 novembre 1943², la Cour de Cassation a admis la validité de l'opération portant sur des sommes considérables. En l'espèce, il est vrai, l'assemblée générale avait le pouvoir de constituer toutes réserves. La Cour Suprême eût été mal venue de condamner une décision moins grave que celle qu'était autorisée à prendre la majorité des associés.

Dans le silence des statuts, il pourrait être tentant d'utiliser la technique du report à nouveau pour parvenir en fait à la constitution de réserves stables.

Aussi semblerait-il judicieux de faire une distinction, moins en fonction de l'importance du report, que de sa durée effective. La décision doit

1. AMIAUD., *op. cit.*, n° 159, p. 280

2. Cass. req., 16 nov. 1943, S., 1947.1.1, Note Houin.

être à l'abri de tout reproche lorsqu'elle a véritablement pour but de retarder d'un an l'option ouverte entre la distribution ou le maintien stable dans la Société. Pour le savoir il est indispensable d'attendre la nouvelle prise de position de l'assemblée générale. Ce n'est qu'à cette condition, pensons-nous, qu'il devrait être possible de demander la nullité de la délibération ayant décidé le report à nouveau. Et encore n'aurait-on alors la preuve que de la volonté de créer une véritable réserve. Il resterait à démontrer son illégitimité, comme pour toute autre réserve.

109. Dans cette étude seule la constitution des réserves dont le caractère n'est contesté par personne a été envisagée jusqu'à présent. Il ne s'est agi, en effet que de voir dans quelle mesure le consentement des associés peut renoncer à une distribution des bénéfices d'exercice, pour les maintenir à la disposition de la société.

Comme on a eu l'occasion de le souligner, la situation nette de l'entreprise, et partant le passif social interne, peuvent s'accroître autrement que par suite de l'activité commerciale de l'affaire. La question de l'exigibilité de telles augmentations ne se pose pas à la fin de l'exercice social. Il est permis de considérer que ces accroissements acquièrent d'emblée le caractère de réserve.

Le consentement des associés n'est pas moins indispensable pour la création de ces comptes. Leur apparition est liée directement à la vie interne et résulte en général, d'une décision de l'assemblée extraordinaire. En cas d'augmentation du capital social, il peut être exigé des souscripteurs ou des attributaires d'actions nouvelles un complément d'apport appelé prime d'émission, prime d'apport ou prime de fusion qui ne figure pas dans le chiffre du capital. Les capitaux propres s'accroissent donc au-delà du chiffre nominal du capital. Le surplus est bien constitutif d'une réserve.

Si les primes d'émission ont fait l'objet de nombreuses études, il ne semble pas qu'il en aille de même des primes d'apport et des primes de fusion. Il est pourtant nécessaire d'insister aussi bien sur les premières que sur les secondes.

Traditionnellement il est admis que la prime d'émission compense l'avantage fait aux souscripteurs d'actions de numéraire lors d'une augmentation de capital, étant donné qu'ils vont acquérir des droits sur les réserves déjà constituées¹.

Un exemple fera mieux comprendre cette position. Soit une société au capital de cinq millions de francs, divisé en 500 actions de 10.000 francs chacune, et dont l'actif net ressortirait à 10.000.000 francs. La valeur de l'action serait de 20.000 francs.

Cette société double son capital par l'émission de 500 actions de 10.000 francs. L'actif net passe alors à 15.000.000 francs. La nouvelle valeur de l'action est de 15.000 francs.

Il s'ensuit une perte de 5.000 francs par action. Pour rétablir l'égalité les nouveaux actionnaires doivent verser une somme telle que la perte soit insensible, soit autant de fois 5.000 francs qu'il y a d'actions après

1. RIPERT, *op. cit.*, n° 1386.

l'augmentation de capital, c'est-à-dire ici 5 millions. Ces 5.000.000 de francs sont à répartir également entre les 500 actions émises, ce qui représente finalement une somme de 10.000 francs à verser à titre de prime par tout souscripteur.

Cette analyse était certainement exacte à l'époque où la pratique a créé la technique des primes d'émission. Elle a pu le rester aussi longtemps que le droit de souscrire aux augmentations de capital n'était pas réservé par préférence aux anciens actionnaires. Depuis le décret-loi du 8 août 1935 par contre, il est permis de douter sérieusement de la valeur de cette explication. Les anciens actionnaires sont protégés d'une façon très forte contre les inconvénients inhérents à toute émission de nouvelles actions, essentiellement contre la perte de valeur des titres qu'ils possédaient.

Cette conception ne reste valable que dans l'hypothèse où justement les actionnaires ont renoncé à leur droit préférentiel.

Il n'est d'ailleurs besoin que d'examiner le taux des primes dans la pratique, pour se rendre compte que le résultat recherché n'est pas de rétablir une égalité, dont la rupture ne présente plus de graves dangers.

Les éléments déterminants sont bien plus aujourd'hui, la considération des frais entraînés par l'émission et la tenue en bourse des valeurs de la Société. Ce n'est un secret pour personne qu'une augmentation de capital occasionne des dépenses assez élevées. Le concours nécessaire des établissements financiers, les émoluments dus au notaire pour la déclaration de souscription, les droits d'enregistrement sont autant d'éléments qui viennent amputer dans des proportions non négligeables les versements des souscripteurs. Aussi est-il normal de voir les Sociétés, essayer de compenser ces dépenses par l'exigence d'une prime de manière à ce que l'augmentation nominale du capital soit intégralement à sa disposition. Ce n'est possible que si les actions sont recherchées par le public. Il faut en effet, que les souscripteurs éventuels ne soient pas rendus hésitants par la perspective de payer plus que le nominal. Le marché financier fournit sur ce point les meilleures directives à la Société.

Le consentement des associés résulte de deux faits. Le premier est bien entendu la délibération de l'assemblée générale décidant l'augmentation de capital¹. La majorité des créanciers internes accepte que la créance collective globale soit accrue, partie au compte capital, partie à un compte de réserve. La seconde manifestation du consentement réside dans la souscription des actions nouvelles. Celle-ci suppose, en effet, l'accord du souscripteur pour que les sommes qu'il verse ne suivent le sort du capital social que partiellement, le surplus devant avoir le statut d'une réserve.

La prime d'apport est fort différente dans son principe du moins, son statut étant identique à celui de la prime d'émission.

En cas d'augmentation de capital par voie d'apport en nature, le droit préférentiel de souscription ne peut s'exercer, et le législateur ne l'a pas

1. Il faut d'ailleurs noter que l'assemblée générale peut se contenter de prendre une décision de principe sur la nécessité d'une augmentation de capital jusqu'à un chiffre déterminé. Dans la majorité des cas, elle délèguera au Conseil d'Administration le pouvoir de décider la date et les modalités de l'opération. Toute latitude lui est laissée en particulier de juger de l'opportunité d'une prime d'émission et de son montant. Il n'en reste pas moins que le consentement des associés peut être considéré comme acquis.

prévu. Les anciens actionnaires pourraient subir un préjudice grave, auquel la pratique a dû trouver un palliatif : la prime d'apport.

Reprenons l'exemple choisi à propos des primes d'émission, mais en supposant qu'au lieu d'une émission d'actions de numéraire, il s'agisse de l'apport d'un bien de 5.000.000 de francs. Pour rétablir l'équilibre, il serait nécessaire que le ou les nouveaux actionnaires apportent en outre une somme de 5.000.000. Cette exigence serait susceptible d'empêcher l'opération de se réaliser. Un autre moyen permettra pourtant d'y parvenir.

Si l'on rémunérerait l'apporteur avec des actions anciennes, il en recevrait 250 (quotient de 5.000.000 de francs valeur de l'apport par 20.000 francs valeur de l'action) soit en capital pour 2.500.000 francs. C'est de cette somme que l'on va augmenter le capital. La différence entre le montant de l'augmentation de capital et la valeur réelle de l'apport (ici 2.500.000 fr.) constituera une prime d'apport. Le nouvel actif net ressortira à 15.000.000 de francs pour 750 actions. Celle-ci conservera une valeur inchangée de 20.000 francs.

A supposer le bien apporté correctement évalué, la réserve correspondant à la prime d'apport est constituée avec le consentement des associés. Ce consentement résultera des délibérations des assemblées à caractère constitutif qui devront être réunies. Quant au consentement de l'apporteur la signature du traité d'apport en tient lieu. Son acceptation d'être rémunéré par un nombre d'actions dont le montant total en nominal est inférieur à la valeur de l'apport, vaut accord pour que le surplus soit considéré comme une réserve.

Tout ce qui vient d'être dit pour les primes d'apport est valable pour les primes de fusion qui n'en sont qu'une variété. L'apport fait par la Société absorbée est plus complexe, mais finalement se ramène à un apport ordinaire pour ce qui concerne le calcul de la prime.

CHAPITRE III

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES SANS LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ DES ASSOCIÉS

110. Les réserves correspondent à la partie des capitaux propres de l'entreprise qui n'est pas déclarée exigible par les associés. Il est normal que le consentement de ceux-ci soit obtenu pour le maintien à la disposition de la Société des créances de passif interne, dont ils sont titulaires. Ce cas a seul retenu notre attention jusqu'ici.

Le consentement des associés n'est cependant pas indispensable. Il peut ne pas être libre, soit que le législateur ait expressément exigé la constitution de réserves, soit que les règles plus générales d'établissement du bilan imposent implicitement le maintien de certains accroissements de la situation nette dans l'entreprise. Le consentement peut enfin ne pas être donné en toute connaissance de cause.

A ces différentes hypothèses correspondent les réserves légales, potentielles et occultes. Les règles présidant à leur constitution doivent être maintenant étudiées.

§ 1. — *Constitution de la réserve légale*

111. « Il est fait annuellement sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve ».

« Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social ».

C'est en vertu de ce texte, l'article 36 de la loi du 24 juillet 1867 que les associés sont tenus de laisser à la disposition de la Société une fraction de la créance de passif interne correspondant aux bénéfices normalement exigibles en fin d'exercice.

Ces dispositions reprennent littéralement celles de l'article 19 de la loi du 23 mai 1863.

Leur origine est en fait beaucoup plus ancienne, puisqu'il faut les rattacher à l'instruction ministérielle du 11 juillet 1818. A vrai dire la situation était alors sensiblement différente. Les Sociétés anonymes ne pouvaient se constituer qu'avec l'autorisation du Gouvernement, après avis du Conseil d'Etat. Celui-ci refusait tout avis favorable lorsque les statuts ne contenaient pas de prescriptions concernant la constitution d'une réserve. Est-ce à dire que la réserve était constituée au moins pour partie avec le consentement des actionnaires ? Cette position pourrait sembler logique puisque la constitution résulte de l'accord des intéressés donné sinon à l'occasion de chaque exercice, du moins par l'entrée dans la Société, cette entrée valant adhésion aux dispositions statutaires, notamment en ce qu'elles stipulent ce prélèvement annuel sur les bénéfices. Les statuts, considérés comme contrat liant les associés, préoyaient la constitution d'une réserve. Le consentement accordé au texte régissant l'activité sociale pouvait valoir comme adhésion anticipée à chaque prélèvement destiné à la dotation du fonds de réserve. Pourtant, même dans une conception contractuelle, il doit être possible aux parties de modifier d'un commun accord les bases du pacte social. Spécialement les associés doivent être en mesure de supprimer toute disposition leur semblant inopportune. Or sous l'empire de la législation du Code de Commerce aucun changement ne pouvait être apporté aux bases de la société, sans une nouvelle autorisation obtenue dans les mêmes formes. La sanction consistait dans la révocation de l'autorisation initiale et l'interdiction de la société¹. Et il est bien certain que l'autorisation eût été refusée à la modification tendant à supprimer l'article des statuts stipulant la constitution du fonds de réserve. Il apparaît donc indiscutable que dès l'origine la liberté des associés était inexistante sur ce point.

Avec la loi de 1867 s'ouvrit l'ère de la liberté en matière de Sociétés anonymes. Ce n'est pas pour autant que disparut l'obligation d'opérer un prélèvement sur les bénéfices pour constituer un fonds de réserve. Le principe de liberté des conventions a été alors invoqué par ceux qui ont cru devoir s'élever contre la manie de réglementation qui s'obstinait à substituer la loi à la prudence des individus.

Malgré ces protestations de pur principe, l'existence d'un fonds de réserve obligatoire n'a jamais été remise en question. La commission de réforme du droit des sociétés, dont nous avons déjà évoqués les travaux, n'a eu aucune peine à se mettre d'accord sur la nécessité d'une réserve légale. Bien plus elle souhaite en voir augmenter la portée puisque son projet prévoit que le prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième du capital social et pas seulement le dixième comme actuellement².

112. Manifestation de l'esprit de protectionnisme étroit et tatillon, arbitraire dans son principe, illusoire dans ses effets, telles sont les appréciations qu'un auteur a cru pouvoir donner à propos de l'article 36³.

1. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 5^e éd., 1841, t. IV, n° 1040, p. 243.

2. Travaux Comm. Réf. précités, p. 554.

3. COPPER-ROYER, *op. cit.*, note 1, p. 548.

Certes dans les circonstances présentes, la place de la réserve légale est généralement insignifiante dans les capitaux propres de l'entreprise sociale, et il est permis de douter de son utilité.

Le fondement de la réserve légale s'explique bien mieux dans le contexte historique qui l'a vue naître. Il convient de ne pas oublier que le fonds de réserve légale est sans doute l'ancêtre de l'institution que nous étudions. Ce qui paraît aller de soi aujourd'hui n'a pourtant pas toujours existé.

Il faut se souvenir de la méfiance qui entourait la société anonyme, suspecte d'accaparement et de spéculation. La confiance qu'on leur faisait, venait de la confiance que l'on faisait à l'Etat.

Aussi dut-on se plier à la constitution d'une réserve destinée à « donner plus de valeur, et une valeur plus constante aux actions, et à ménager au public une garantie plus certaine des engagements pris par la Compagnie »¹. La grande poussée capitaliste aboutit à la création de cette société anonyme au petit pied qu'était la société à responsabilité limitée. Le projet reprit une mesure qui était « déjà adoptée dans beaucoup de sociétés et qui a paru devoir être aussi avantageuse pour les associés que profitables au tiers »². Le fonds de réserve établit une sage et prévoyante compensation entre les résultats de la bonne et de la mauvaise fortune ; il emprunte au présent au profit de l'avenir ; il est un motif de confiance pour les tiers, une ressource et un élément de crédit pour la Société »³. Ce sont là les motifs très généraux qui poussent à constituer des réserves.

Le maintien de ces dispositions dans la législation actuelle doit s'expliquer par ces raisons historiques. Mais il est aussi permis de supposer que l'on craint que certaines sociétés ne distribuent l'intégralité des bénéfices au fur et à mesure de leur réalisation. A la moindre perte le capital social sera entamé et le gage des créanciers sociaux restreint. La sécurité des tiers apparaît dès lors comme déterminante pour justifier l'institution.

C'est pourquoi, au surplus, on a pu s'étonner que l'exigence d'une réserve légale ne se retrouve pas à propos des Sociétés en commandite par actions. L'explication est ici aussi historique. La constitution de ces sociétés était libre dans la législation du Code de Commerce, alors qu'il fallait une autorisation gouvernementale pour les Sociétés anonymes. Cette différence s'explique aisément dans un contexte politique et social imbu du principe de l'individualisme. Les relations se nouent d'individu à individu. Une société commerciale fut-elle propriétaire d'un patrimoine important ne semblait pas pouvoir présenter les mêmes garanties que celle où une ou plusieurs personnes physiques engageraient leur responsabilité personnelle. Le crédit d'une commandite par actions était au moins autant fonction de la confiance faite à ses gérants, que de son capital. Il ne semble même pas s'être posé la question de prévoir un fonds de réserve obligatoire dans les sociétés de cette forme. Sans doute n'a-t-on pas manqué d'observer que cette garantie personnelle et illimitée de quelques associés était bien illusoire ; que le gérant était le plus souvent un homme de paille destiné à faire de la prison. Objectivement il est permis de douter de la valeur de ces arguments. Les abus n'ont pas dû être si considérables, sinon

1. Instruction du 11 juillet 1818 précitée.

2. Exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 ; *S.L.*, 1863, p. 78.

3. *Ibid.*

le législateur aurait songé à étendre aux commandites par actions, les règles concernant la réserve légale. Lors de la réforme de 1867, il n'en a rien fait, se contentant de reprendre l'état antérieur du droit¹.

Le nombre de Sociétés en commandite par actions ne cesse d'ailleurs de se restreindre pour divers motifs principalement d'ordre fiscal. L'opportunité d'une réforme sur le point qui nous occupe paraît très incertaine.

L'étude de la constitution de la réserve légale n'est donc valable que pour la Société anonyme.

La caractéristique essentielle de cette rétention de profits dans le patrimoine social est bien d'être *obligatoire*. Non seulement le consentement des associés n'est pas nécessaire, mais encore il est impuissant à faire obstacle au prélèvement légal. Sans doute le texte des statuts reproduit-il souvent les dispositions de l'article 36 ; sans doute lors de la fixation du dividende, les actionnaires donnent-ils leur approbation à la retenue opérée conformément à la loi. Mais dans l'un et l'autre cas, le consentement n'est pas libre. Les associés ne peuvent refuser, ou s'ils le font leur décision est entachée d'une nullité absolue.

113. L'alinéa premier de l'article 36 dit qu'il est fait annuellement sur les bénéfices nets un prélèvement d'un vingtième au moins. Ce texte est à première vue, clair. De multiples questions sont pourtant apparues, qu'il faut examiner rapidement.

1° La première et sans doute la plus importante concerne la détermination du bénéfice net. Depuis la loi du 4 mars 1943, modifiée par le décret du 30 septembre 1953, il semble que toute ambiguïté soit impossible. L'article 11 de cette loi vise il est vrai le mode de calcul des tantièmes pouvant être alloués au Conseil d'administration. Mais il précise que pour ce calcul doivent notamment être déduites des bénéfices « les sommes affectées à la dotation des fonds de réserve prescrits par la loi ». Il est permis de penser que la définition donnée par ce texte des bénéfices nets vaut également pour la dotation de la réserve légale. Il faut donc entendre « les produits nets de l'exercice, déduction faite des frais généraux et autres charges sociales, ainsi que de tous amortissements de l'actif social et de toutes provisions pour risques commerciaux et industriels ».

Toute contestation n'est cependant pas exclue. La consistance exacte des charges sociales reste en effet susceptible de faire difficulté.

a) C'est ainsi, tout d'abord, que l'on peut se demander si les sommes nécessaires pour payer aux actionnaires l'intérêt des sommes apportées à la Société doivent être comprises dans les charges sociales, et donc soustraites au prélèvement légal². L'accord s'est assez vite réalisé pour dire qu'il ne s'agit que de règles fixant le partage des bénéfices, et permettant de distinguer le premier dividende du super-dividende. La distribution des intérêts stipulés reste subordonnée à l'existence de bénéfices effective-

1. AMIAUD, *op. cit.*, n° 67, p. 113. Si nous partageons l'opinion de l'auteur lorsqu'il affirme que la question ne s'est même pas posée, nous nous séparons de lui lorsqu'il prétend qu'il n'y a aucune raison plausible à cette différence de traitement. Ce sont des considérations bien antérieures à la loi de 1867 qui expliquent la disparité de régimes.

2. Pour une étude détaillée de cette question. cf., AMIAUD, *op. cit.*, n° 78 et s.

ment réalisés. Il n'est pas possible de les considérer comme des charges sociales.

Doit-on maintenir cette position, lorsque le texte des statuts prévoit que les sommes correspondant à l'intérêt statutaire doivent être passées dans les frais généraux, en sorte qu'elles seront versées aux actionnaire même en l'absence de bénéfices ?

La logique semblerait imposer que la clause dite « d'intérêts fixes » reçoive application dans tous les cas, dès lors qu'elle est valable. *A priori* on voit mal pourquoi la somme correspondante serait passée par Frais Généraux, s'il y a une perte ou un bénéfice insuffisant, mais non si les résultats de l'exercice sont suffisants. A cela, on peut objecter que l'intention des actionnaires est de toucher quelque chose quel que soit le montant du compte de Pertes et Profits. Si celui-ci est assez largement créditeur, il ne doit pas perdre le caractère de bénéfice, malgré la stipulation d'un intérêt fixe. De plus, il y aurait là un moyen trop facile de tourner les règles légales par l'insertion dans les statuts d'une clause d'intérêt fixe à un taux élevé. Ce dernier argument a sans doute perdu beaucoup de sa valeur, depuis que les conditions économiques imposent la constitution de réserves importantes. Il est peu concevable que les Sociétés essaient de tourner une règle qui répond aux besoins de leur politique financière. Pour notre part, nous ne voyons pas quelle raison déterminante commande d'opérer une distinction qui aboutit à donner le caractère tantôt de passif interne, tantôt de passif externe à ce qui est une créance ordinaire. La qualification de charge sociale de l'intérêt fixe est indivisible, elle ne peut dépendre du montant ou du sens des résultats d'exercice¹.

b) La question se pose également de savoir si les participations dans les bénéfices nets accordées à certaines personnes ne doivent pas être déduites pour le calcul de la dotation du fonds de réserve légal.

Initialement le problème est apparu surtout pour les tantièmes alloués au Conseil d'administration. Leur réglementation actuelle, résultant de l'article 11 de la loi de 1943 exclut évidemment la possibilité de les comprendre dans les charges sociales.

Restent alors les participations accordées au personnel, ou aux obligataires.

Deux situations doivent être distinguées : ou bien il s'agit d'un mode particulier de calcul des rémunérations du contrat de travail ou du contrat de prêt. Ou bien on est en présence de stipulations accordant un véritable intéressement dans les bénéfices nets réalisés par la Société.

Dans le premier cas, les titulaires de la créance ont entendu rester étrangers à la vie sociale. Ils ont un droit de créance externe. Les sommes à leur verser sont à déduire du bénéfice net sur lequel elles ont été calculées. Ce sont de véritables charges sociales, puisque la Société peut être condamnée à leur paiement.

Dans la seconde hypothèse au contraire, les participants prennent part à la vie sociale interne. Leur situation se rapproche de celle des porteurs

1. En ce sens MOREAU, *op. cit.*, t. I, n° 318. *Contra* AMIAUD, *loc. cit.*, note 8.

de parts bénéficiaires. Leur créance est alors moins solide et en tout état de cause elle ne peut être comprise comme une charge sociale.

En pratique, la différence n'est pas toujours très facile. Si l'intention des parties n'est pas clairement exprimée, il y aura pourtant un certain nombre d'indices qui permettront de présumer la véritable nature. En particulier on pourra considérer que les participations ne sont pas des charges sociales, lorsque leur distribution est subordonnée à la décision de l'assemblée générale des actionnaires. Il en ira de même quand le mode de calcul prévu par la convention mentionnera expressément la place tenue par le prélèvement légal.

2°) L'expression prélèvement annuel sur les bénéfices nets a aussi laissé place à des hésitations. Le report du bénéfice a causé la principale de ces discussions. Le solde non réparti doit en effet être ajouté aux résultats de l'exercice suivant. Mais cette addition peut être faite avant ou après calcul de la dotation du fonds de réserve prévu par l'article 36.

Si l'on songe que la décision de report est un simple retard dans la mise à exigibilité, il est clair que le montant du report doit s'ajouter seulement pour le calcul des sommes à répartir, et donc après le prélèvement du vingtième.

La rédaction actuelle de l'article 11 de la loi du 4 mars 1943, qui doit s'appliquer à notre matière, est nette. Il ne s'agit que des produits nets de *l'exercice*.

Ce qui permet également d'affirmer qu'on ne peut pas davantage déduire un report déficitaire, qu'on ne peut ajouter le report excédentaire. Les raisons d'en douter étaient peut être plus fortes sur ce point. En présence du texte précité, le doute ne semble plus permis.

114. Sur les bénéfices ainsi définis, il est fait un prélèvement d'un vingtième. Cette simple opération arithmétique n'appelle aucun commentaire particulier.

Ce taux de 5% peut sembler faible. Notons qu'il se rencontre assez fréquemment dans les législations étrangères : Italie (art. 2428 Codice Civile) Suisse (C.O., art. 671) Allemagne (§ 130 Aktiengesetz de 1937) Belgique (art. 77, 4^e ali. arr. 30 nov. 1935). Cette modicité du taux de prélèvement est généralement expliquée par le souhait du législateur de rappeler aussi longtemps que possible le devoir de prévoyance qui s'impose à toute Société. Sans doute est-ce là une raison très valable. Il est pourtant permis de supposer que les contingences historiques ont joué un rôle prépondérant. L'exigence d'un fonds de réserve était initialement très exorbitante du droit commun, et des errements de l'époque. Or il est bien connu que le législateur s'il veut avoir quelques chances d'être obéi doit s'efforcer à la plus grande modération. Imposer un taux plus important, c'eût été courir le risque de voir les dispositions demeurer inappliquées en fait. De nos jours, l'importance de l'autofinancement a certes provoqué un changement profond de l'état d'esprit ; en sorte qu'il serait possible d'augmenter le prélèvement annuel. Il est vraisemblable que ce soit pour rappeler l'utilité de la constitution de réserves que le législateur ne l'ait pas fait, et que la Commission de réforme de droit des Sociétés n'ait pas envisagé de le faire.

Le caractère obligatoire de la dotation est fonction de l'importance de la réserve, elle-même liée au montant du Capital social (10 % selon l'alinéa 2 de l'art. 36).

Le chiffre à partir duquel le prélèvement cesse d'être obligatoire pourrait plus facilement être changé, et passer par exemple de 10 à 20 %. Ce dernier taux est en effet adopté dans un certain nombre de pays étrangers, Suisse et Italie en particulier. Il a été également proposé par la Commission de Réforme.

Si le chiffre du capital est augmenté, ou que restant fixe, la réserve vienne à être entamée pour quelque motif que ce soit, les prélèvements doivent reprendre pour porter la réserve à son quantum légal. On a pu se demander dans le cas particulier où la réserve légale avait subi une diminution pour une cause quelconque, s'il y avait pas lieu avant de reprendre toute distribution de dividende, de la rétablir préalablement à son ancien niveau. La majorité de la doctrine semble avoir adopté la solution contraire, à juste titre, pensons-nous.

Signalons, d'autre part, que l'importance de la réserve légale doit se calculer sur le capital nominal et pas seulement sur le capital libéré¹.

Dans l'hypothèse enfin où le capital social serait réduit sans que la réserve légale en ait pour autant été diminuée, il est bien évident qu'aucun prélèvement n'est à opérer. Le sort de l'excédent du fonds de réserve soulève par ailleurs d'autres problèmes qui seront examinés plus loin.

115. Toutes les législations étrangères qui ont institué des fonds de réserve légaux, ont généralement adopté à quelques variantes près, les modalités définies ci-dessus. Un certain nombre d'entre elles prévoient pourtant que certaines sommes doivent être affectées à la réserves légale, même si elle a atteint le niveau à partir duquel la dotation normale cesse d'être obligatoire.

Deux exemples caractéristiques montrent les procédés extraordinaires possibles de constitution.

L'article 671 C.O. Suisse édicte que doivent être attribués au fonds de réserve légal, même si celui-ci a atteint la limite du 1/5 du capital versé : — le produit de l'émission des actions qui dépasse la valeur nominale, après paiement des frais d'émission, en tant qu'il est employé à des amortissements ou à des buts de bienfaisance — les bénéfices spéciaux qui proviennent de l'annulation d'actions — et enfin le dixième des montants qui sont répartis par prélèvement sur le bénéfice net après les versements ordinaires au fonds de réserve et le paiement d'un dividende de 5 % aux actionnaires et autres ayants droit.

Il résulte, d'autre part, des dispositions combinées des paragraphes 130, 185 et 192 de l'Aktiengesetz allemande de 1937, que doivent être virées au compte de réserve légale : — les sommes excédant le montant nominal et les frais d'émission lors de la première émission ou d'une émission ultérieure d'actions pour un montant supérieur à la valeur nominale² — les

1. Il en va différemment en droit suisse. La dotation cesse d'être obligatoire lorsque la réserve a atteint le cinquième du capital social déjà versé. Cette disposition est d'ailleurs critiquée. Cf., par ex. FOLLIET, *op. cit.*, p. 317.

2. Un alinéa prévoit l'assimilation à l'augmentation directe du capital social, celle provenant de la conversion d'obligations.

paiements supplémentaires effectués par les actionnaires contre un avantage pour leurs actions — la différence entre le montant d'une réduction du capital pour pertes et le chiffre réel des pertes, si celles-ci se révèlent surévaluées au cours des deux exercices suivants — le montant nominal des actions amorties lorsque celles-ci ont été mises à titre gratuit à la disposition de la Société, ou ont été amorties à l'aide du bénéfice net annuel ou au moyen d'une réserve libre.

Rien de tel n'existe dans nos textes. Il est certain néanmoins que la réserve légale peut être constituée par des procédés autres que celui prévu par l'article 36 de la loi de 1867. En effet, on ne saurait soutenir que le législateur a voulu interdire de porter la réserve à son maximum plus rapidement que prévu. D'autre part, les actionnaires peuvent juger préférable de consentir un sacrifice initial, et d'être ensuite libéré de la sujétion représentée par la règle légale. La gamme des procédés que nous venons de relater rapidement, est susceptible d'indiquer quelles sont les options possibles.

Deux seulement d'entre elles retiendront l'attention pour être en fait les seules utilisées : la dotation à l'aide des primes d'émission, et la dotation à l'aide des bénéfices d'exercice.

La difficulté soulevée par le premier moyen tient à ce que l'on refuse généralement le caractère de bénéfice aux primes d'émission, celles-ci n'étant pas le produit de l'activité sociale. En rapprochant ce principe de la règle de l'article 36 il semblerait y avoir une contradiction. En vérité, il ne saurait être question de déclarer obligatoire le prélèvement d'un vingtième sur les primes d'émission pour le porter à la réserve légale. Mais il n'est nullement impossible aux associés de décider de virer à la réserve légale le montant des primes d'émission. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé avec raison la Cour de Paris dans un arrêt du 30 janvier 1946¹.

Les actionnaires peuvent-ils s'opposer à ce que soit fait un prélèvement supérieur à celui de 5 % prévu par la loi ? Ce taux est un minimum puisque la loi parle d'un vingtième *au moins*, que les statuts prévoient un pourcentage plus élevé, ou que les actionnaires réunis en Assemblée générale adoptent une quotité plus considérable, il paraît difficile de reconnaître aux minoritaires un droit d'opposition. Et ce d'autant plus que la reproduction par les statuts des dispositions de l'article 36 a été interprétée par la jurisprudence, comme permettant la constitution de réserves extraordinaires. A vrai dire s'il s'agit toujours de doter la réserve légale, le caractère principal de cette dotation disparaît. Elle cesse, en effet d'être obligatoire, et rejoint pour le surplus les réserves constituées avec le consentement des associés. En sorte qu'il convient d'appliquer pour ces procédés de dotation extraordinaire les règles concernant soit les réserves constituées avec le consentement des associés, soit les réserves mixtes.

116. Dans la limite des dispositions de l'article 36 de la loi de 1867, la constitution de la réserve légale est obligatoire. Mais le législateur n'a

1. Paris, 1^{re} Ch. 30 janv. 1946, *J.C.P.*, 47.II.3611, note Bastian. « Il est vrai que rien ne s'oppose dit la Cour, à ce qu'elles (les primes d'émission) soient employées à parfaire ou constituer la réserve légale... mais à la condition que cette affectation soit prévue ou ratifiée par le pacte social, ou par une délibération de l'Assemblée générale ».

pas précisé quelle sanction serait appliquée à la violation de l'article 36. Dans ce silence, que décider ?

La majorité de la doctrine envisage deux moyens de faire respecter les règles édictées pour la constitution du fonds de réserve légal.

Tout d'abord, il devrait être fait application de la responsabilité que l'article 44 de la loi de 1867 fait peser sur les administrateurs, notamment pour les infractions commises aux dispositions de la loi elle-même¹. A vrai dire cette position paraît un peu surprenante. La loi prévoit dans un certain nombre de cas des sanctions pénales envers les administrateurs. Il est logique de penser que les infractions visées à l'article 44 sont celles d'ordre pénal, cet article ouvrant seulement une action civile contre les coupables.

En dernière analyse il n'appartient pas en effet aux administrateurs d'opérer de leur propre chef le prélèvement légal. Leur rôle consiste à arrêter les comptes et à proposer à l'assemblée générale une affectation pour les bénéfices. C'est aux associés que revient le pouvoir de décision.

Sans doute les administrateurs peuvent-ils omettre de prévoir la retenue de 5% dans la proposition d'utilisation des résultats d'exercice. Leur responsabilité pourrait alors être mise en cause sur le fondement d'une faute commise dans l'exercice de leur mission.

Mais si ; ayant proposé le prélèvement légal les administrateurs voyaient l'assemblée passer outre et décider la répartition intégrale du bénéfice, on voit mal pourquoi leur responsabilité serait engagée. Les hypothèses se sont certes multipliées dans lesquelles la responsabilité du fait d'autrui peut exister. Pourtant, en règle générale, elles se limitent aux cas où le responsable est dans une position supérieure à celle du fautif, c'est-à-dire dans le cas inverse du nôtre. On peut objecter à cela que les administrateurs peuvent manifester leur désaccord par une démission. Et qu'au surplus une telle responsabilité existe dans un cas particulier : lorsque les administrateurs ont laissé distribuer des dividendes fictifs.

Or c'est justement là, la seconde sanction que l'on a proposée d'appliquer. La partie du dividende correspondant à la somme qui aurait dû être prélevée pour la réserve légale serait fictive². Contre cette affirmation on peut arguer que les conditions ne sont pas réunies pour entraîner la qualification de fictivité du dividende. Le bénéfice mis en distribution est effectivement réalisé. Il est donc difficile de voir poursuivre les administrateurs de ce chef.

Si les administrateurs ont omis de proposer d'effectuer le prélèvement légal, la bonne foi des associés a pu être surprise. Aussi peut-on alors considérer qu'ils n'ont pas à restituer à la Société les sommes indûment distribuées. Par contre il devrait peser sur les actionnaires une obligation de restituer lorsqu'ils ont délibérément violé les dispositions légales, malgré la mise en garde du Conseil d'Administration.

En résumé, la solution qui semble la meilleure est la suivante. Si les

1. En ce sens AMIAUD, *op. cit.*, n° 72, p. 119 et les autorités citées. ADDE, COPPER, ROYER, *op. cit.*, n° 357. *Juris. class. Soc. Fasc.*, 147.

2. JOLY, *Dictionnaire S.A.* V° *Bénéfices* n° 22 ; HOUFIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, n° 1343, *Juris. Class. Soc.*, *ibid.*

administrateurs n'ont pas proposé la dotation du fonds de réserve légal, leur responsabilité peut et doit être mise en cause dans les termes de l'article 44, les actionnaires ne pouvant être inquiétés. Au contraire si l'assemblée générale a passé outre en toute connaissance de cause à l'obligation de l'article 36, les actionnaires peuvent être condamnés à renverser le trop perçu. En ce cas les administrateurs peuvent toutefois être tenus comme partiellement responsables, spécialement pour les sommes qui ne pourraient être récupérées, ou les dommages particuliers pouvant résulter de la violation des règles légales.

117. Les actionnaires ne peuvent tirer argument pour refuser d'effectuer le prélèvement obligatoire, du fait que les statuts ne contiennent aucune disposition à cet égard. En fait d'ailleurs les termes de l'article 36 sont toujours reproduits dans le pacte social, de manière à éviter toute ambiguïté. Il n'est pas impossible cependant de stipuler soit que la dotation annuelle sera supérieure à 5% des bénéfices, soit que la réserve devra atteindre plus de 10% du capital 20 ou 25% par exemple.

Le premier type de stipulation a été étudié à propos des procédés extraordinaires de dotation. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

Par contre la difficulté demeure dans la seconde hypothèse. La question est en effet de savoir si l'on doit reconnaître le même caractère obligatoire strict à la constitution de la totalité de cette réserve dite légale, ou si au contraire, il ne convient pas de distinguer la partie correspondant aux exigences légale et le surplus¹.

En droit allemand, la solution est donnée par le texte même de l'Aktien-gesetz de 1937. Le paragraphe 130.II.1 assimile au montant légal celui « plus élevé fixé par les statuts ». Le caractère obligatoire des prélèvements supplémentaires ne fait pas de doute.

En l'absence d'une semblable disposition dans notre législation, la doctrine est divisée. Pour certains la réserve légale est indivisible. Il serait arbitraire de vouloir distinguer deux parties dans un compte qui doit rester homogène. Le législateur a imposé un taux minimum. Les parties sont libres de l'augmenter. Mais si elles le font, il ne leur sera pas possible de contester plus tard le caractère obligatoire des règles qu'elles se sont imposées, en les assimilant à celles de la loi. Au surplus les actionnaires seraient mal venus à se plaindre puisqu'ils étaient libres de ne pas accepter ces dispositions. S'ils avaient entendu créer une réserve statutaire simple, ils n'avaient qu'à la prévoir d'une façon plus distincte.

A l'inverse d'autres auteurs soutiennent que ces réserves dites légales ne sont pas homogènes. L'article 36 dit que le prélèvement cesse d'être obligatoire au-delà du dixième du capital social. Sans doute les statuts ont-ils pu prévoir un plafond plus élevé. Mais le caractère obligatoire provient alors de la loi interne et non de la volonté du législateur. Aussi doit-on logiquement admettre la possibilité pour les associés de faire disparaître ce caractère forcé, sans encourir pour autant des sanctions attachées à la violation de l'article 36.

1. Il convient de signaler que cette distinction présente un intérêt plus général. Elle ne concerne pas seulement la constitution de cette réserve, mais autant sa disparition et son statut.

Cette conception semble préférable. Elle paraît, en effet, mieux en accord avec le principe de la liberté des conventions. Les dispositions impératives sur la constitution du fonds de réserve légal doivent être interprétées restrictivement. Si les parties ont choisi de les adopter en les renforçant, ce renforcement est volontaire et doit pouvoir disparaître par une manifestation de volonté contraire.

§ 2. — *La constitution des réserves potentielles*

118. La loi impose donc expressément dans certains cas la constitution d'un fonds de réserve, qualifié de légal pour cette raison. Mais d'autres dispositions législatives aboutissant indirectement au même résultat.

Ces réserves dont la formation résulte de règles impératives supprimant leur caractère volontaire se présentent dans un aspect fort différent de la réserve légale proprement dite : elles ne figurent pas au bilan de la Société. Cette caractéristique a conduit tout naturellement à les ranger parmi les réserves occultes. Une étude plus approfondie de ces réserves occultes ou cachées a pourtant révélé assez vite qu'il convenait de faire une distinction. C'est ainsi qu'un auteur a été amené à parler de réserves occultes volontaires et de réserves occultes involontaires ou latentes¹. Les termes « occultes » et « potentielles » semblent mieux refléter la réalité, ainsi qu'il a été expliqué plus haut².

Le cumul des règles d'établissement du bilan, et de détermination du bénéfice réel est à la base de ces réserves potentielles.

Les éléments composant l'actif social sont susceptibles d'augmenter de valeur. Les causes de ces accroissements peuvent être regroupées en deux catégories principales, auxquelles correspondent respectivement les *plus values* dites *intrinsèques*, et celles qualifiées de *nominales*.

Les plus-values intrinsèques se dégagent en période de stabilité monétaire. L'ensemble des prix restant stable, certains biens peuvent voir pourtant leur valeur augmenter. Il peut se faire en effet que survienne une raréfaction de ces biens, ou encore une augmentation de la demande plus importante que celle de l'offre. L'exemple que l'on donne traditionnellement pour illustrer cette hypothèse mérite d'être rappelé. Une société est propriétaire d'un terrain assez vaste, mais éloigné d'une agglomération ou dépourvu de voies d'accès commodas. Le développement de la ville rendant possible le lotissement de la propriété, la création de routes ou tous autres ouvrages d'art, sont autant de facteur qui augmentent la valeur du bien correspondant³.

Les plus-values nominales résultent de la dépréciation de la monnaie. L'ensemble des prix est alors en hausse constante. Des plus-values se constatent sur la presque totalité des éléments de l'actif social. Elles ne

1. GORE, « Les réserves occultes dans les sociétés par actions », *J. Soc.*, 1947, p. 149 et s. L'auteur précise d'ailleurs que le caractère occulte est toujours volontaire. Ce n'est qu'en tant que réserves qu'elles sont volontaires ou involontaires.

2. Cf., *supra*, n° 83.

3. Il convient toutefois de rappeler que les règles du droit administratif en matière de travaux publics peuvent dans certains cas réduire ou supprimer l'importance de ces plus-values, dont la récupération est possible (cf., Décret du 30 sept. 1935).

font qu'enregistrer la variation du niveau général des prix, sans traduire un enrichissement réel du patrimoine de l'entreprise. Bien entendu, les deux phénomènes peuvent interférer et c'est même un cas assez fréquent. Il est alors difficile surtout sur une longue période de dissocier la plus-value intrinsèque, c'est-à-dire réelle, de la plus value purement nominale.

Réelle ou nominale il n'y a en pas moins une plus-value, donc une augmentation de la valeur effective mesurée en unités monétaires de l'actif social, et partant de la situation nette. Le capital restant par ailleurs inchangé, il s'agit alors bien de l'apparition de véritables réserves.

Réelle ou nominale cette plus-value n'est pas encore réalisée au sens où l'on doit l'entendre pour qu'il puisse y avoir un bénéfice susceptible d'apparaître au bilan. Le qualificatif de potentielles est donc entièrement justifié pour ces réserves.

L'obligation d'inscrire au bilan les éléments d'actif pour leur prix de revient empêche de constater l'importance de ces plus-values. En admettant même (ce qui est une autre question) qu'en prenant certaines précautions, on fasse apparaître le montant des réserves correspondantes dans les comptes de l'entreprise, il n'en reste pas moins que les associés ne peuvent en décider l'exigibilité sans encourir les sanctions frappant les distributions de dividendes fictifs.

Force est bien de reconnaître que ces réserves sont constituées sans le libre consentement des actionnaires. Cette constitution résulte des principes généraux du droit des sociétés par actions qui prévoient des sanctions lourdes en cas de violation.

119. Dès lors le problème de la licéité de telles réserves peut sembler résolu. Comment pourrait-on déclarer illicite la constitution de fonds de réserve obligatoires ? Il y a là un paradoxe qui pour certains n'est pourtant qu'apparent. Sans doute la naissance et le développement de telles réserves échappent à la libre volonté des associés. Mais du moins peuvent-ils les rendre apparentes. Il n'est pas possible de reprocher aux actionnaires cette création de réserves, qui se fait sans qu'ils puissent même s'y opposer. Par contre ils commettraient une faute en ne les faisant pas ressortir au bilan en contravention avec le principe d'exactitude de ce document. Le débat est alors déplacé, la paradoxe renversé, puisqu'il ne serait pas possible de tenir pour licites des réserves qui fausseraient le bilan.

A vrai dire posé en ces termes le dilemme est insoluble. Il repose en effet sur deux postulats contradictoires, invoquant tous deux le même principe de base d'exactitude du bilan. Les uns avancent que l'évaluation ne peut jamais être faite autrement qu'au prix de revient. Les autres répondent qu'est inexacte toute évaluation ne reflétant pas la valeur réelle des mêmes biens.

Dans notre droit la règle en matière d'évaluation est celle du prix d'acquisition. Il faut néanmoins avant de rejeter la seconde affirmation, étudier dans quelle mesure des dérogations peuvent être apportées au principe essentiel. Après avoir recherché les hypothèses dans lesquelles un autre procédé est éventuellement possible (a) il conviendra de voir si ces dérogations s'imposent au point d'entraîner d'illicéité des réserves potentielles non apparentes, ou si au contraire elles n'ont aucune influence sur leur légitimité (b).

120. a) On doit écarter comme étant sans valeur l'argument qui est tiré des difficultés pratiques pour exclure la possibilité de toute évaluation faite autrement qu'à partir du prix de revient des éléments du patrimoine social. Ces difficultés sont réelles, il faut le reconnaître ; elles ne sont pas dirimantes. Une gamme d'autres solutions se conçoit.

Et l'on peut être choqué par les conséquences très légales des principes posés, et par la légitimité d'évaluations ne correspondant pas à la réalité.

En présence de plus-values potentielles d'origine et de caractères différents il est nécessaire d'examiner séparément les solutions concevables.

Pour les plus-values nominales, il est possible de procéder à une réévaluation des postes d'actif correspondants. Cette réévaluation permet de dégager l'augmentation du passif interne jusque là cachée et aboutit à la constitution de la réserve spéciale de réévaluation qui sera étudiée plus loin. Le législateur a permis et même parfois imposé de procéder à une nouvelle évaluation, dans des conditions assez précises. Qu'il ait eu en vue des objectifs fiscaux, cela est certain. On ne peut nier pour autant qu'il en est découlé des conséquences purement civiles. Il est possible, sans violer les principes généraux, de faire ressortir les plus-values nominales. Ces plus-values seront soumises à un statut particulier. Ce statut ne peut être invoqué pour contester la légitimité de l'opération.

Pour les plus-values intrinsèques le problème est, par contre, beaucoup plus discuté. Certains auteurs estiment que l'on peut, et même que l'on doit les mentionner, à la condition expresse cependant que l'accroissement de situation nette en résultant reçoive une affectation particulière. La réserve potentielle devenue apparente doit en effet être frappée d'indisponibilité. De la sorte les deux nécessités peuvent être conciliées, d'une part de présenter un bilan exact, d'autre part de ne pas permettre la distribution de ces réserves qui correspondent à des bénéfices fictifs, puisque non encore réalisés.

Nous sommes ici dans le domaine de l'exception. La règle est et demeure que l'évaluation doit se faire au prix de revient. Que penser de la valeur d'un procédé d'évaluation exorbitant du droit commun ? Pour le défendre on fait valoir qu'il permet seul d'atteindre la vraie sincérité du bilan. On peut douter que la règle d'exactitude ait bien cette signification. L'avantage qui en découlerait reste bien théorique surtout par rapport aux fraudes rendues possibles par ce biais. Il est bien connu qu'un bilan sur-évalué est plus dangereux pour les tiers, comme pour les associés, qu'un bilan sous-évalué. Le risque est grand de voir apparaître des réserves potentielles plus ou moins fictives, car il est très difficile de préciser les critères de détermination de la nouvelle valeur. L'abandon de la valeur d'exploitation ne peut se faire qu'en faveur de celle de remplacement ou de liquidation. Le bilan perd alors de son homogénéité, puisque certains biens seront évalués selon certaines règles, et d'autres biens selon des procédés fort différents. A vouloir à tout prix atteindre la vérité, on risque de s'en écarter un peu plus.

121. b) La réévaluation est certainement possible pour faire apparaître les plus-values nominales ; en admettant qu'elle le soit pour les plus values intrinsèques, il y a encore une marge à franchir pour la déclarer obligatoire en toute hypothèse.

Jusqu'à une époque très récente, la réévaluation était essentiellement facultative. Les associés étaient libres de faire apparaître ou non les plus-values nominales. Depuis la réforme fiscale du 28 décembre 1959, ce n'est plus vrai que partiellement, puisqu'en vertu de l'article 39 - I de cette loi, obligation est faite de réévaluer aux entreprises ayant réalisé au cours des trois derniers exercices clos avant la publication de la loi, un chiffre d'affaires supérieur à 500 millions de francs. Cette disposition est ici encore purement fiscale, mais a des conséquences civiles en découlent pour les sociétés répondant à ces conditions. Pour notre matière il semble que l'on aboutisse à une solution extravagante : à chacun sa vérité. Selon l'importance du chiffre d'affaires réalisé au cours de certains exercices un bilan non réévalué est sincère ou non. Ce cas semble en définitive n'être qu'une exception, dans le domaine des exceptions. Il ne paraît absolument pas possible d'en tirer argument pour imposer l'obligation de réévaluer à toutes les Sociétés.

Civilement, la règle reste dans la grande majorité des cas, la faculté de procéder à de nouvelles évaluations. La meilleure preuve en est l'absence de sanction dans l'hypothèse de non réévaluation. Les conditions économiques ont pu varier, la monnaie est censée être demeurée stable. Il n'est pas possible de suspecter d'inexactitude une évaluation faite au prix d'achat, même si cela remonte à de nombreuses années...

La possibilité de dégager les réserves potentielles résultant d'une plus-value nominale n'entraîne donc sûrement pas l'obligation de réévaluer. La légitimité de ces réserves paraît dès lors incontestable.

Quant aux réserves potentielles ayant leur origine dans une plus-value intrinsèque on ne peut davantage conclure d'une éventuelle possibilité, d'ailleurs contestable, de les faire apparaître, qu'il y ait là une obligation dont la violation entraînerait leur illicéité.

La seule sanction possible ne pourrait être que celle attachée à la présentation de bilan inexact. Or jamais les tribunaux n'accepteraient de condamner ceux qui auraient établi un bilan à partir du prix de revient, puisque c'est là le seul procédé actuellement reconnu comme licite. Par suite la révélation des plus-values intrinsèques n'est pas obligatoire et les réserves potentielles auxquelles elles correspondent sont licites.

§ 3. — *La constitution des réserves occultes*

122. La constitution des réserves occultes se présente dès l'abord d'une manière fort différente. La décision que doivent prendre les associés retrouvera en principe la liberté inexistante dans les hypothèses précédentes. Pourtant les conditions de validité du consentement des actionnaires ne seront pas réunies obligatoirement. Les idées d'erreur, de fausse cause, voire de dol sont sous-jacentes dans notre matière.

Pour que les actionnaires puissent, en effet, prendre une décision valable, il est indispensable que la situation de la société ne leur soit pas présentée sous une fausse apparence. Les associés sont obligés de s'en remettre sur ce point aux comptes présentés par le Conseil d'Administration. Le bilan est établi par les soins des administrateurs, qui procèdent en particulier aux évaluations. Sans doute existe-t-il une vérification opérée

par les commissaires aux comptes ; ces derniers peuvent être eux-mêmes trompés par les administrateurs ; et en admettant qu'ils découvrent la fraude, ils n'ont pas pour mission d'expertiser la valeur des biens sociaux. L'inexactitude des évaluations entraîne celle de la situation nette ressortant au bilan. Notons d'ailleurs que cette inexactitude peut aboutir dans certains cas à la distribution de dividendes fictifs, dans d'autres cas à la rétention de profits. C'est à cette dernière hypothèse que correspond la constitution de réserves occultes. L'accroissement de la situation nette paraît inférieur à la réalité. Mais les associés ignorent cet état de choses. En sorte que l'approbation qu'ils donneront au bilan qui leur est soumis reviendra à constituer une réserve à concurrence de la plus-value cachée. Dans la mesure où les actionnaires ont voté le bilan, on a pu soutenir que leur consentement est obtenu. Mais le vice qui entache la décision nous empêche d'adopter ce point de vue.

On a beaucoup insisté sur le rôle que peut jouer l'exagération des amortissements. C'est, en effet, l'un des procédés les plus commodes pour arriver à la constitution des réserves occultes. Les biens figurent au bilan pour leur valeur d'acquisition diminuée d'une somme tenant compte de l'amortissement. L'augmentation fictive de cette dernière somme permet de diminuer la valeur réelle de l'élément d'actif correspondant et partant de l'actif net.

Il semble pourtant que l'importance du phénomène ait été exagérée, et ses effets réels pas toujours bien mis en relief. Un exemple le fera comprendre. Supposons qu'une Société ait acquis il y a 10 ans, une immobilisation valant alors 1.000.000 de francs aujourd'hui sans valeur et l'ait amortie intégralement à la fin du premier exercice social. A la fin de cet exercice, le bien aurait dû figurer au bilan pour 1.000.000 moins 100.000 francs soit 900.000 francs, alors qu'il était mentionné pour 1 franc. Il existait donc une réserve occulte de 900.000 francs. A la fin de l'exercice suivant sa valeur n'était plus que de 800.000 francs, la réserve a donc diminué. Cette diminution a été en fait constatée dans le compte de Pertes et Profits, puisque celui-ci n'a pas eu à enregistrer la retenue de 100.000 francs qui aurait été effectuée normalement. Le même processus se reproduira à la fin de chaque exercice jusqu'au moment où l'évaluation figurant au bilan correspondra à la réalité et donc que la réserve occulte aura disparu. Il s'agit alors d'un véritable transfert de revenus dans le temps. Le montant de la réserve occulte diminue régulièrement, par ce qui est l'équivalent d'une distribution aux ayants droit¹.

Il en résulte que le consentement des actionnaires a été surpris, sans pour autant que le maintien à disposition d'une fraction des capitaux propres ait un caractère de stabilité bien grande. Cette permanence n'est en tout

1. Il a été soutenu que la constitution de réserves occultes avantagait ainsi les administrateurs. Leurs tantièmes sont en effet fonction des bénéfices. En procédant à l'amortissement immédiat et intégral, ils gonflent ainsi les bénéfices des exercices ultérieurs et donc le montant de leurs tantièmes. Ce fait est certain, mais il convient de ne pas perdre de vue que si les résultats de plusieurs années sont augmentés, c'est parce que ceux d'une année, la première ont été fictivement diminués. Sans doute les administrateurs auraient-ils eu une rémunération moindre par la suite, mais ils en auraient perçu une bien plus considérable au début. Ici également il se produit une péréquation.

cas pas comparable avec celle des réserves obligatoires, ni même de la majorité des réserves libres.

L'exagération des amortissements est rarement aussi caractérisée que dans l'exemple que nous envisagions plus haut. Elle peut résulter de l'application des procédés dit mécaniques d'amortissement. Ces procédés ont fait l'objet de critiques très vives. Nous avons vu ce qu'il convenait d'en penser, à propos du principe d'exactitude du bilan. Des raisons fiscales très puissantes obligent les entreprises à utiliser ces moyens mathématiques. Ces méthodes peuvent certes, dans certains cas, avoir pour conséquence une exagération de la constatation de la dépréciation, et donc la création d'une réserve occulte. Il convient de mentionner que l'importance de cette réserve sera généralement faible, puisque se rattachant à un pourcentage peu élevé du montant de l'immobilisation. De plus, cette réserve est appelée normalement à disparaître comme toute réserve occulte. Finalement l'emploi de procédés mécaniques a des conséquences très limitées pour notre question. Les dangers présentés pour les actionnaires semblent peu graves comparés à ceux de distribution de dividendes fictifs que ferait courir une liberté complète encore que théorique, d'évaluation des amortissements.

La meilleure preuve de cette affirmation est fournie par des comptes qui présentent certaines analogies avec les amortissements : les provisions. Celles-ci échappent à toute possibilité de réglementation mathématique préalable à leur constitution. Il sera alors beaucoup plus aisé aux administrateurs de dissimuler par le jeu de ces postes certaines augmentations de la situation nette. Ici encore la stabilité de la réserve constituée est faible. La constitution de provision doit être justifiée par la perspective d'une perte dans un avenir assez proche, et pour une cause déterminée. Si l'éventualité ne se réalise pas, la provision perd sa raison d'être et doit être réintégrée dans les bénéfices de l'exercice. La constitution d'une provision exagérée ou fictive ne peut être définitive, et conduit à un simple transfert de bénéfices dans le temps. Bien entendu, son caractère de réserves ne peut être contesté, mais son manque de permanence paraît caractéristique.

123. Les procédés envisagés (exagération des amortissements et des provisions) sont parmi les plus employés, parce que les plus aptes à ne pas éveiller les soupçons des actionnaires.

Ces moyens ne sont pourtant pas les seuls concevables, ni les seuls utilisés. La situation nette est en effet égale à la différence entre l'actif brut et le passif externe. Par suite toute diminution fictive de l'actif ou toute augmentation imaginaire du passif ont pour effet de donner un chiffre de la situation nette inférieure à la réalité.

En ce qui concerne l'actif, l'omission pure et simple d'un élément se traduit par la diminution artificielle de cet actif. L'hypothèse reste pourtant assez théorique. Il serait difficile de cacher l'achat d'un bien de quelque importance, et plus encore de simuler la vente d'un élément du patrimoine social. Plus courante est la sous-évaluation. Cette minoration peut résulter de l'exagération des amortissements et des provisions. Certains biens sont pourtant insusceptibles de ces amortissements ou provisions.

Ce n'est pas pour cela qu'ils ne peuvent figurer à l'actif pour un chiffre inférieur à celui effectif. Certains postes sont difficilement appréciables : il est aisé de les sous-évaluer. Dans les entreprises de travaux publics, par exemple, l'estimation exacte des travaux en cours est presque impossible. Le poste correspondant pourra recéler une diminution incontrôlable.

L'adjonction au passif d'une dette fictive ou la surévaluation d'un poste existant permettent de parvenir au résultat recherché par les administrateurs. Selon les errements anciens, c'est-à-dire lorsque les amortissements figuraient au passif du bilan, cette méthode était fréquemment utilisée. Il semble qu'il n'en va plus de même aujourd'hui. Un compte se prête pourtant à une falsification, celui de régularisation du passif, spécialement dans la mesure où il enregistre les frais à payer sur l'exercice clos.

Les réserves occultes ainsi constituées présentent un caractère de stabilité variable. Le plus souvent c'est en présence de résultats très largement bénéficiaires que les administrateurs sont tentés d'en faire disparaître une partie. Des circonstances exceptionnellement favorables ont pu se produire, dont on sait qu'elles ne se renouvelleront pas. Ou encore les perspectives économiques étant moins bonnes, il paraît dangereux de laisser apparaître d'importants bénéfices, alors que l'exercice suivant se terminera peut-être sur une perte. La réserve occulte disparaîtra le plus souvent à ce moment.

Il paraît possible de soutenir sans paradoxe, que la constitution de ces réserves occultes présente une physionomie très particulière. Sa très grande souplesse est la qualité idéale pour maintenir une certaine régularité dans le montant des bénéfices rendus apparents. L'alternance de bilans exacts et de bilans plus ou moins inexacts réalise en fait une péréquation des dividendes dans le temps.

124. Ce résultat auquel aboutit entre autres, la constitution de réserves occultes est-il suffisant pour légitimer l'opération ?

A l'image de notre législation, la plupart des droits étrangers ne contiennent aucune disposition à ce sujet. Il s'en trouve pourtant qui valident au moins implicitement les réserves occultes. C'est ainsi que l'on s'accorde généralement à reconnaître que l'article 133 de l'Aktiengesetz allemande permet aux administrateurs certaines sous-évaluations ; cet article n'impose en effet qu'un maximum pour l'estimation des immobilisations. *A contrario*, il en résulte qu'une minoration est licite.

Le Code des obligations suisse va plus loin puisque son article 633 autorise expressément la constitution de ces réserves occultes (qu'il appelle d'ailleurs latentes). L'alinéa 2 de cet article est ainsi rédigé : « l'administration peut attribuer à des éléments de l'actif une valeur inférieure à celle qu'ils ont au jour où le bilan est dressé et constituer d'autres réserves latentes dans la mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible¹.

L'utilité des réserves occultes est ainsi mise en valeur, notamment quant au rôle qu'elles jouent pour la régularisation des dividendes. Ce

1. Pour un autre exemple de permission cf., art. 1051 C. civ. Liechtenstein.

serait cependant minimiser l'influence réelle de ces réserves que la ramener à cette seule fonction de stabilisation. Le fait pour la Société de disposer de capitaux propres secrets est un avantage très appréciable. C'est si vrai qu'un auteur a pu dire que les réserves occultes étaient aussi indispensables à un chef d'entreprise, que des troupes fraîches à un général pour lui permettre par l'arrivée de renforts ignorés de l'ennemi d'emporter la victoire. Cette comparaison, bien dans la tradition des réserves « trésor de guerre » donne sans doute trop de force à la lutte économique des entreprises. Il est pourtant certain que l'attente de moyens de financement complémentaires fait courir un grave danger à la Société en mauvaise posture financière. A attendre Grouchy, on risque de voir surgir Blücher.

A vrai dire, la fin aussi bonne puisse-t-elle paraître, est impuissante à justifier les moyens. L'arme que se forgent ainsi les administrateurs, pourrait bien être à double tranchant, et nuire finalement à ceux qui la manient.

On n'a pas manqué d'attirer l'attention sur les inconvénients que présentent les réserves occultes, « inconnue irréductible dans l'appréciation des actions », et par suite « source de spéculations et de manœuvres boursières, sans fondement précis, danger certain pour l'épargne »¹. Ceci est vrai. Les victimes de ces manœuvres sont finalement ceux qui ont cru à l'existence de réserves occultes hypothétiques. Sur la foi de renseignements douteux, incontrôlables, ils ont joué. Peut-on vraiment plaindre celui qui a perdu un pari, parce que trop crédule ? C'est l'existence même de la Bourse qu'il faudrait remettre en question... S'il y a préjudice, il paraît comme trop indirect pour qu'il soit permis de le retenir, et pour condamner la constitution des réserves occultes au seul motif des spéculations boursières rendues possibles.

La licéité des réserves occultes ne doit pas pour autant être proclamée. Il est des règles précises dont le respect est incompatible avec la constitution de ces réserves. Pour reprendre la formule d'un auteur « réserves occultes et sincérité du bilan ne se marient pas mieux que l'eau et le feu »².

Le principe de sincérité du bilan est, selon une expression doublement cavalière, le cheval de bataille des adversaires des rétentions occultes de profits. Tout commerçant doit dresser un inventaire annuel, qui doit être exact. Dans les Sociétés par actions ce document, ou plus exactement son résumé, le bilan, doit présenter le même caractère. Cette règle d'or y est même particulièrement impérative puisque le bilan a des fonctions essentielles pour la bonne marche de la Société. Un bilan est exact ou ne l'est pas. La vérité est une. L'erreur n'est pas permise. Peu importe que pour faire certaines évaluations, il soit nécessaire de recourir à une pythonisse. Les administrateurs sont éclairés par la Grâce de l'Anonyme et ne peuvent se tromper. L'erreur est humaine, les administrateurs sont des hommes et pourtant les administrateurs sont infaillibles. Qu'ils soient optimistes et que l'avenir leur donne tort, ils auront fait distribuer des dividendes fictifs à l'aide d'un faux bilan. Qu'ils soient pessimistes, ils auront constitué des réserves occultes grâce à un bilan inexact.

1. A. PERCEROU, *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions* 1933, p. 510.

2. E. FOLLIET, *op. cit.*, p. 345.

A s'en tenir à une stricte orthodoxie juridique, tel est le résultat auquel conduit le principe sacré de sincérité du bilan. Aucun esprit sensé ne peut se satisfaire d'une telle logique.

« Le bilan devient un sphynx voilé dont l'analyse est un jeu de chiffres sans signification »¹. Ce reproche adressé à la constitution des réserves occultes, résume à lui seul les critiques des tenants de la sincérité. L'auteur semble penser que sans voile le sphynx n'est plus une énigme, ce qui reste à démontrer...

En fait, il convient de souligner que le problème de la légitimité des réserves occultes comporte un aspect civil et un aspect pénal. Une première chose est de déterminer l'incidence du principe de sincérité du bilan sur la validité de la décision retardant l'exigibilité de certaines créances (a); une autre chose étant de savoir quelles sont les conséquences pénales de l'atteinte portée à la sincérité (b).

a) Sur le terrain civil, la nécessité de l'exactitude du bilan paraît entraîner la nullité de toute constitution de réserve, dès lors que ce compte n'est pas mentionné au bilan, et cela aussi bien lorsque la violation du principe est le fait des administrateurs que celui des associés eux-mêmes.

Il est certes admis que la sincérité du bilan ne peut être que relative. Les administrateurs doivent pour évaluer les biens immobilisés, par exemple, tenir compte de leur dépréciation et donc se livrer à une opération largement subjective. Outre qu'il existe des règles limitant cette marge d'appréciation, il n'est pas impossible *a priori* de concilier cet élément subjectif avec la rigueur supposée par l'exactitude des comptes sociaux.

Il est courant, en effet, de considérer les administrateurs comme les mandataires des associés. Que ce terme soit pris dans son acception classique du droit privé ou qu'il soit teinté des règles de droit public, le mandat doit être exécuté de bonne foi. Ce principe fournit la ligne directrice pour résoudre la question de licéité des réserves occultes.

On comprend ainsi que lorsque les administrateurs ont *sciemment* présenté aux actionnaires un bilan inexact, en vue de dissimuler la situation véritable de la Société, et qu'il s'ensuive une constitution de réserve occulte celle-ci soit nulle.

Les administrateurs ont commis une faute. Celle-ci doit être considérée comme particulièrement lourde et équipollente au dol. Ce dol entache la décision des actionnaires d'approuver les comptes qui leur sont communiqués. Cette approbation n'a été rendue possible qu'à cause des manœuvres du Conseil d'Administration, la cause de la décision est fautive. On doit déclarer nulle une telle constitution de réserve.

En revanche, il n'y a pas mauvaise foi lorsque les administrateurs utilisent la marge d'appréciation normale dont ils disposent, sans chercher à induire les actionnaires en erreur. C'est plutôt de réserves potentielles que de réserves occultes qu'on devrait parler.

Le principe de sincérité n'agit pas de la même manière sur la validité des réserves quand les associés savent que le bilan est inexact. C'est ainsi que

1. KALVERAM, *Gaz. de Francfort* du 15 sept. 1929 cité par Goré, *loc. cit.*, p. 152.

la validité d'une décision de l'assemblée générale est incontestable, si les actionnaires ont été avertis de l'exagération des amortissements par les administrateurs eux-mêmes. C'est en ce sens que doit être interprétée en particulier la jurisprudence de l'affaire des Mines du Laurium. La majorité de la doctrine considère que la Cour de Paris validait la constitution des réserves occultes. A notre sens, il n'y avait pas véritablement de réserves occultes en l'espèce. L'assemblée des actionnaires avait opté pour une rétention de profits en toute connaissance de cause, semble-t-il¹. Il s'agit alors de réserves constituées avec le consentement libre et éclairé des associés.

b) La distinction faite à propos du problème civil, selon que les associés ont ou non connaissance de l'inexactitude du bilan, ne se retrouve pas sur le terrain pénal. L'article 15 de la loi de 1867, dans sa rédaction du 8 août 1935 punit non seulement la présentation d'un bilan inexact aux actionnaires mais encore sa publication. On doit décider que ce texte reçoit application même si les actionnaires ont eu connaissance de la fraude. La situation est comparable avec celle d'une distribution de dividendes fictifs. En effet l'approbation donnée en toute connaissance de cause à la surévaluation de certains biens, ne retire pas leur caractère fictif aux dividendes distribués, et les administrateurs sont passibles de poursuites pénales. Dans l'hypothèse inverse de sous-évaluation, le consentement des associés est tout aussi impuissant à couvrir le délit.

125. Les poursuites pénales deviendraient sans objet si le bilan était rectifié de manière à faire ressortir la situation réelle de l'entreprise. Les actionnaires devraient, sans conteste, avoir ce pouvoir lorsqu'ils connaissent la fraude dès le départ. On peut, au contraire, hésiter à leur reconnaître le droit de rectifier les comptes quand les agissements des administrateurs leur étaient inconnus.

En réalité, la nullité qui résulte du vice de consentement des associés ne peut être qu'une nullité relative, donc susceptible de confirmation. Cette confirmation ne peut intervenir valablement qu'autant que le vice est connu des associés. La ratification du bilan inexact, cette inexactitude étant connue, ramène au cas de constitution volontaire de réserves non apparentes. Le défaut de rectification des comptes ne met pas ces réserves à l'abri de toute critique. Il est donc indispensable que les associés puissent rectifier les évaluations. *A priori*, cette rectification est non seulement possible, mais encore obligatoire.

Certains auteurs contestent cependant aux sociétés le droit de rectifier les comptes². L'approbation du bilan par les actionnaires devrait être assimilé à un arrêté de compte. Or l'article 541 du Code de Procédure civile interdit qu'il soit procédé à la révision d'aucun compte « sauf si les parties en cas d'erreurs, omissions, faux ou doubles emplois en provoquent la rectification judiciaire ». L'assemblée générale n'aurait pas le droit de

1. Il est démontré, dit l'arrêt de la Cour, que les actionnaires ont voulu constituer une réserve ». Paris, 16 juill. 1896, précité n° 107.

2. En ce sens, HOUPIN, *J. Soc.*, 1923, p. 489 et s.; HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, n° 1383.

revenir sur les comptes qu'elle a régulièrement approuvés. Seuls les tribunaux pourraient ordonner la rectification du bilan, sur la demande des intéressés réclamant la répartition des dividendes indûment retenus.

A l'appui de cette thèse on invoque le second des grands principes présidant à l'établissement du bilan : celui de la continuité. A la fin d'un exercice il est nécessaire de se référer aux évaluations des précédents inventaires et bilans. La rectification des erreurs ne serait possible que par la voie judiciaire.

Une partie de la doctrine n'admet pas cette solution¹. Il y aurait en effet une hiérarchie entre les différentes règles concernant les comptes sociaux. Le principe d'exactitude doit l'emporter sur celui de la continuité. L'assemblée générale peut corriger les évaluations contestées, en particulier réviser les amortissements exagérés.

En présence de ces arguments il convient de se demander si l'un d'eux est décisif.

Une première question vient à l'esprit, celle de savoir si l'approbation du bilan équivaut à un arrêté de compte au sens de l'article 541, Code de Procédure Civile. Or, pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable que le compte ait été discuté, approuvé et ratifié dans des conditions qui impliquent, dans la commune intention des parties, appréciée souverainement par les juges du fond, la volonté de fixer *définitivement* leurs situations respectives².

En notre matière, on ne peut soutenir que l'arrêté de compte soit définitif. Ce caractère ne se rencontre que pour les comptes de liquidation. Le principe même de la Société interdit de reconnaître aux actionnaires la possibilité d'un arrêté définitif en cours de vie sociale. Toute augmentation du patrimoine réel de la Société, même ignorée de ses membres, ne peut finalement que leur revenir. La personnalité juridique de l'être social est une technique commode, mais elle ne doit pas faire oublier que ce sont les associés qui, en dernière analyse, ont un droit sur ce patrimoine. Soutenir que l'approbation du bilan inexact entraîne pour les associés une renonciation définitive aux réserves occultes n'a pas de sens. L'argument tiré de l'article 541 du Code de Procédure civile est donc sans valeur.

Reste alors à examiner la portée réelle du principe dit de continuité du bilan. Cette règle est un corollaire de l'indépendance des exercices. Elle interdit seulement aux administrateurs de changer les bases d'évaluation sans en informer les associés, et ce en général en vue de faire apparaître un bénéfice fictif. La continuité du bilan est édictée pour déjouer des fraudes trop faciles. Par là, elle rejoint le principe d'exactitude du bilan. Elle ne se conçoit que pour empêcher l'établissement d'un bilan inexact, à partir d'un bilan exact. Dans le sens inverse elle ne se comprend plus. Il est erroné de vouloir opposer le principe de continuité à celui de sincérité. L'un ne va pas sans l'autre. Les conséquences du premier ne sont admissibles qu'autant qu'elles ne contredisent pas le second.

La solution apparaît clairement : il est possible de corriger les comptes inexacts, même approuvés par une précédente assemblée. Bien plus cette

1. AMIAUD, *op. cit.*, p. 428 et s. ; GORÉ, *op. cit.*, p. 169.

2. Req., 16 sept. 1940 ; D.H., 1940.208.

rectification est obligatoire puisque l'inexactitude du bilan est condamnée par la loi. La proposition de rectification suppose connues des actionnaires les manœuvres du Conseil ; la confirmation est donc possible. Il va sans dire que cette remise en ordre des comptes sociaux doit être entourée de certaines garanties de régularité. La procédure de l'article 35 de la loi de 1867 (rédaction de 1935) doit être appliquée : les commissaires aux comptes indiqueront spécialement dans leur rapport général les motifs de la révision. L'assemblée générale approuvera alors les modifications proposées.

CHAPITRE IV

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES MIXTES

126. A mi-chemin de la liberté et de l'obligation, se situe un troisième groupe de comptes méritant le qualificatif de réserves mixtes.

La volonté des associés peut être nécessaire au départ, mais disparaître ensuite dans les conditions d'application. C'est le cas, en particulier, pour toutes les réserves d'origine fiscale. Les actionnaires sont libres d'en décider ou non la constitution, mais ne peuvent en fixer le quantum à leur guise. La sanction serait sans doute d'ordre purement fiscal, mais son importance pratique est telle qu'elle ne peut être minimisée. Quel que puisse être l'intérêt pratique de l'étude de ces comptes, leur manque de véritable particularité sur le terrain strictement civil détourne de les étudier ici¹.

La révélation des réserves potentielles d'origine nominale doit par contre retenir l'attention. La constitution de ces réserves échappe en effet à la volonté des associés. Leur constatation au bilan ne peut manquer d'influer considérablement sur leur statut. Or cette révélation, rendue obligatoire dans certains cas, est possible dans les autres par la seule volonté des actionnaires ; même alors elle est soumise à des règles assez strictes. Liberté et contrainte sont les deux caractéristiques de la révision du bilan, et de la constitution de la *réserve spéciale de réévaluation*.

Forts différentes apparaissent les *réserves statutaires*, bien que placées sous le même signe de la liberté et de la contrainte. Ces réserves sont obligatoires puisqu'elles résultent de l'application du pacte social. La loi interne peut toutefois être modifiée par les associés. Ils n'en supportent les obliga-

1. Pour cette étude, cf., *infra*, III^e Partie. Il importe cependant de souligner que la législation fiscale a joué un grand rôle dans la politique d'autofinancement des sociétés. Certaines augmentations d'actif net, dues aux variations économiques doivent du point de vue civil être considérées comme des bénéfices, et leur rétention comme une constitution de réserves. Economiquement, elles ne présentent pas ce caractère. Aussi le fisc ne les a-t-il pas soumises à l'impôt sur les bénéfices, à la condition que l'entreprise ne les distribue pas. Les sociétés n'ont pas manqué d'user de cette possibilité, sans que les actionnaires se doutent toujours de la réalité.

tions que dans la mesure où ils le veulent bien. Cela imprime un caractère très original à ces réserves.

Les deux paragraphes de ce chapitre seront donc consacrés respectivement à la réserve spéciale de réévaluation et aux réserves statutaires.

§ 1. — *La réserve spéciale de réévaluation*

127. La révision des bilans n'est pas une question récente ; son actualité est néanmoins réelle. Depuis une trentaine d'année l'attention de la doctrine, comme celle du législateur a été maintes fois attirée sur les conséquences des dévaluations monétaires. La dépréciation monétaire latente dès la première guerre mondiale avait été officialisée par la transformation du Franc Germinal en Franc Poincaré. La stabilité que l'on avait espéré donner à ce dernier, avait soulevé la question de savoir s'il ne serait pas opportun de répercuter dans les chiffres des bilans la moins-value constatée dans l'unité monétaire.

Des critiques très vives ont été adressées, non seulement à la fiction de la valeur constante de la monnaie, mais encore à la règle imposant que les biens figurent au bilan pour leur prix de revient.

« Le mot franc est devenu une hypocrisie, sous le couvert de laquelle on a additionné complaisamment des demi-bouteilles et des flacons, avec des bouteilles, avec des litres et mêmes avec des magnums, en donnant au total un même générique et uniforme »¹. L'auteur de ces lignes fait sien l'idée que « toutes ces unités de valeur foncièrement diverses sont cependant froidement additionnées par un comptable impavide comme des unités de valeur identiques »². Ce qui n'est guère aimable pour les comptables, prisonniers de règles qu'ils ne peuvent transgresser.

Ce n'est qu'une ordonnance du 15 août 1945 qui a autorisé la révision systématique des évaluations figurant dans les comptes des entreprises. Et encore ne s'agissait-il que d'une opération de caractère exceptionnel, le gouvernement faisant preuve d'un bel optimisme et s'imaginant que le franc allait retrouver sa stabilité. Le franc continua sa course descendante sans que l'on pût prévoir quand et où elle s'arrêterait. La loi du 13 mai 1948 transforma la réévaluation des bilans en une institution permanente, chronique, comme la maladie monétaire dont elle était issue³.

Ce manque de foi officiel dans la stabilité monétaire a été au demeurant fort mal accueilli par certains. Ceux-là même qui proclamaient la nécessité d'une révision des bilans pour les mettre en harmonie avec la réalité, se sont insurgés quand leur a été donné le moyen de réaliser cette opération chaque fois qu'elle serait nécessaire.

La naissance du nouveau Franc, complétée par des mesures économiques draconiennes doit marquer le retour tant espéré à la stabilité. Aussi une dernière révision est-elle prévue et l'institution disparaîtra. D'aucuns émettent des doutes sur les résultats de l'opération entreprise, et se de-

1. COPPER- ROYER, *op. cit.*, n° 568 *ter*.

2. COHENDY, *Rev. Soc.*, 1926, p. 351.

3. STARCK, « La réévaluation des bilans », *Rev. Trim. dr. com.*, 1949, p. 48 et s.

mandent comment il sera alors possible de réajuster les bilans. Eternelle insatisfaction du Français cartésien et frondeur...

En vérité, la critique essentielle qui a été faite à la révision des bilans est de ne l'avoir envisagée que sous son aspect fiscal. C'est ainsi que partant de l'idée que le patrimoine de la France, ou mieux des Français, n'est plus qu'une source inépuisable d'impôts, un auteur a cru pouvoir démontrer comment la révision des bilans n'est qu'un prétexte à de nouvelles impositions¹. Sans doute y a-t-il là un aspect du problème susceptible de frapper les esprits. L'obligation imposée par la loi du 28 décembre 1959 à certaines entreprises de réévaluer leur bilan, pour le soumettre ensuite à une imposition, n'est pas faite pour amener la clarté dans l'opinion.

Si ces visées fiscales étaient les seules, ou même les principales préoccupations du législateur, il serait permis de s'étonner des méthodes employées. Spécialement une des conséquences de la réévaluation est, ainsi qu'il sera expliqué, de dégager de nouvelles marges d'amortissement. Par suite les bénéfices taxables à l'impôt des sociétés vont se trouver notablement diminués pendant une longue période. La comparaison des rentrées fiscales qui vont disparaître, et de celles provenant de la taxation des plus-values fait apparaître un large déficit des secondes au profit des premières. Il est impensable que le législateur n'ait pas aperçu ce fait. Force est bien d'admettre que le but poursuivi n'était pas uniquement de faire rentrer de l'argent dans les caisses du Trésor.

Il n'en demeure pas moins que le législateur a délibérément ignoré l'aspect juridique de la réévaluation. Les difficultés correspondantes n'ont pas toujours été résolues avec netteté. Il n'est donc pas inutile d'y revenir. Avant de le faire, il importe toutefois de rappeler quelles sont les intentions recherchées en édictant la révision des comptes, et quels procédés doivent être utilisés pour cette opération.

128. Selon l'exposé des motifs de l'ordonnance de 1945, les dispositions nouvelles visaient à encourager les entreprises à réviser leurs bilans « en vue de les mettre en harmonie avec le niveau actuel des prix et des valeurs, en particulier en ce qui concerne le capital et les amortissements ». Par ce moyen on espérait « rendre plus claire la comptabilité des entreprises industrielles et commerciales », mais aussi « faciliter par un jeu plus large des amortissements, la reconstitution et le rajeunissement si nécessaires de notre matériel industriel ».

Le principe d'exactitude du bilan avait conduit à des situations dénoncées avec violence. Il aboutissait à ce résultat paradoxal qu'un bilan pour être réputé exact, ne devait et ne pouvait prendre en considération la valeur réelle des biens. La révision doit au contraire permettre d'employer la même unité, ou si l'on préfère tenir compte des variations économiques. Il s'ensuit que les chiffres portés au bilan retrouvent la signification qu'ils avaient perdue.

L'intérêt essentiel de la réévaluation réside dans son incidence quant aux amortissements. La conception économique de l'amortissement — valeur de remplacement doit rejoindre ainsi la pratique de l'amortisse-

1. DEBESE, « Les ayants-droit à la réserve spéciale de réévaluation », *J.C.P.*, 47.I.641.

ment — constatation, celle-ci étant calculée à partir d'un chiffre réel et non plus fictif.

Un bien entré dans le patrimoine social pour 100.000 fr. se trouve plusieurs années plus tard avoir une valeur à neuf de 1.000.000 fr. Si l'immobilisation est alors hors d'usage, il n'aura été retenu sur les bénéfices qu'une somme de 100.000 fr, et le remplacement sera pratiquement impossible. Il convient d'ailleurs de souligner que la Société disposera en fait d'une somme supérieure au montant nominal de l'amortissement. Chaque année, en effet, le prélèvement opéré n'aura pas été laissé en argent liquide, mais bien employé à l'achat de biens dont la valeur a généralement suivi la progression du coût général de la vie. En sorte que ce n'est pas 100.000 mais 400 ou 500.000 fr que l'entreprise aura à sa disposition. Il n'en reste pas moins que le remplacement de l'élément d'actif amorti ne sera pas possible, ou qu'il ne sera fait qu'au détriment d'autres immobilisations.

Pour pallier ce très grave inconvénient, le législateur a dû prendre diverses mesures, le plus souvent empiriques et d'application délicate. C'est ainsi qu'il existait des Fonds de renouvellement des stocks, du matériel ancien, du matériel nouveau, et une réserve spéciale (matériel renouvelé).

L'avantage de la réévaluation est de faire figurer chaque élément au bilan pour sa valeur actuelle supposée. En pratiquant des amortissements normaux à partir du nouveau chiffre, les sommes retenues doivent être suffisantes pour assurer le renouvellement.

Ainsi présentée la révision du bilan apparaît comme une mesure de clarification, et de simplification, offrant de surcroît des conséquences économiques heureuses.

L'unanimité a donc pu se réaliser aisément sur le principe même de l'opération. Celle-ci apparaissait souhaitable et même indispensable. On pourrait penser dès lors que la décision du législateur d'autoriser la réévaluation devait être accueillie favorablement.

Le contraire se produisit. Les modalités prévues par l'ordonnance de 1945 provoquèrent un tollé quasi général.

Des aspirations à la clarté et à l'exactitude, tempérées par la crainte de la fraude ; un élan de générosité fiscale, aussitôt refréné par de nouveaux appétits ; la conscience de l'absurdité de l'évaluation au prix d'achat en période d'instabilité monétaire, mêlée à la nostalgie du nominalisme, telles sont les considérations contradictoires, dont on a eu beau jeu de montrer qu'elles ont conduit le législateur à établir une méthode de réévaluation arbitraire, parce que forfaitaire et incomplète parce que facultative et partielle¹.

Sans doute la réglementation de la réévaluation n'est pas toujours heureuse. Encore faut-il avant de la condamner dans son ensemble, essayer de dégager ses traits essentiels en toute objectivité.

L'idée du législateur n'est pas aussi absurde et incohérente que certains ont pu l'imaginer et le soutenir.

129. A. — La règle d'or pour l'établissement du bilan est d'y inscrire les éléments acquis par la Société à leur prix de revient. Cette valeur ne

1. STARCK, *op. cit.*, p. 55.

correspond à la réalité que dans la mesure où les prix demeurent stables. Il convient donc de tenir compte des variations résultant des circonstances économiques. En multipliant le prix de revient initial par un coefficient reflétant la hausse du niveau général du coût des biens et services, on mettra la valeur figurant au bilan en harmonie avec celle de remplacement.

La technique utilisée semble donc très logique. Elle permet de maintenir le principe de l'évaluation au coût d'achat, tout en corrigeant ce qu'elle a de mauvais par l'emploi de coefficients correspondant aux variations de l'ensemble des prix intervenus depuis la date de l'acquisition.

Sans doute le choix de l'indice n'a pas été particulièrement heureux. Avoir retenu les prix de gros industriels ne permet pas de tenir compte exactement des variations relatives à des biens d'équipement. Remarquons d'ailleurs que le reproche généralement fait à ce coefficient n'est peut être pas le plus pertinent. On a souligné en effet « qu'un boucher est tout de même plus intéressé par les achats de viande que de sel, carton ou de caoutchouc ; un fabricant de soieries plus affecté par la variation du cours de la soie, que par celle des briques ou du bois de chauffage ». Il semble que les variations subies par les immeubles ou le matériel doivent s'apprécier d'une manière uniforme pour le boucher ou le fabricant de soieries, plutôt qu'en fonction des cours de la viande ou de la soie. L'article 39 de la loi du 28 décembre 1959 a d'ailleurs apporté un remède à cet inconvénient puisqu'il prévoyait que les indices seraient basés sur l'évolution des valeurs essentielles touchant à l'activité industrielle, commerciale et financière et notamment celle de l'outillage, du bâtiment et du portefeuille. Un décret du 19 mars 1960 a publié ces indices en distinguant, d'une part les immobilisations amortissables et d'autre part les valeurs de portefeuille¹.

Sans doute aussi ce caractère forfaitaire manque quelque peu de souplesse. Le législateur s'est efforcé d'en limiter les effets en ce qu'ils auraient pu avoir d'excessif dans le sens d'une trop grande réévaluation.

Ce qui doit finalement conduire à approuver dans son principe même le procédé imposé par l'ordonnance de 1945, c'est l'impossibilité de trouver une solution de remplacement qui soit acceptable. La solution théoriquement idéale consisterait à adopter comme nouveau chiffre la valeur réelle. Mais la liberté ainsi laissée ouvrirait la porte à de trop nombreuses fraudes ou à des erreurs d'appréciation involontaires, que l'éventualité de poursuites pour présentation de bilan inexact ne suffirait pas à empêcher. La règle d'évaluation au prix de revient perdrait toute portée.

A dire vrai, le système édicté par le législateur conduirait parfois à porter un bien à une somme supérieure à sa valeur réelle. Aussi a-t-il dû préciser que la valeur obtenue par le jeu des coefficients ne pouvait constituer en toute hypothèse qu'un maximum. La réévaluation mathématique doit être corrigée en ce qu'elle a d'excessif par la prise en considération de la valeur réelle. La critique est alors facile. Puisque la valeur réelle du bien doit tout de même entrer en ligne de compte au moment de la réévaluation, c'est que l'entreprise n'est pas dispensée de la déterminer. La valeur ne serait donc réelle que si elle est inférieure à un chiffre lui-même arbitraire².

1. Cf., Annexe I.

2. STARCK, *op. cit.*, p. 57.

L'argument porte cependant à faux. Les biens doivent figurer dans tout bilan à leur prix de revient. La valeur réelle n'est jamais retenue qu'autant qu'elle est inférieure à cette somme. Si elle est supérieure, il y a une plus-value potentielle, à laquelle correspond une réserve également potentielle. La réévaluation ne vise à faire apparaître ces plus-values qu'autant que leur origine est nominale. Il est normal de considérer que la différence entre la valeur réelle et le chiffre obtenu en tenant compte des variations nominales a son origine dans une augmentation de valeur intrinsèque. Cette majoration n'a pas à être mentionnée au bilan.

Au contraire, lorsque le chiffre dégagé par application des coefficients dépasse le montant réel du bien, c'est une plus-value fictive qui serait dégagée. Il est indispensable de ne pas l'inscrire au bilan pour ne pas le fausser. Des fraudes peuvent certes intervenir, si les corrections nécessaires ne sont pas faites. Ces fraudes seront pourtant moins nombreuses que si la liberté totale était laissée aux administrateurs pour évaluer tous les biens.

130. B. — L'article 39 de la loi du 28 décembre 1959, précité apporte une dérogation importante à la règle jusqu'alors en vigueur selon laquelle la réévaluation était facultative. Le paragraphe 1^{er} de cet article dispose en effet que « les entreprises visées aux articles 34 et 35 du Code général des impôts sont tenues, lorsque la moyenne annuelle de leur chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices clos avant la publication de la présente loi est supérieure à 500 millions de francs, de procéder avant l'expiration d'un délai de trois ans partant de ladite publication, à la révision de l'ensemble des éléments de leur bilan, suivant les règles tracées par l'article 46 du même Code, dans la mesure où elles ne seront pas contraires aux dispositions du paragraphe 2 ci-après ».

Certes la faculté reste pour les autres entreprises, mais il n'est plus possible de soutenir que le système a gardé son unité. Il existe désormais deux réévaluations, l'une obligatoire, l'autre facultative, même si certaines règles sont communes aux deux.

1^o Il est permis de s'étonner du critère adopté pour déterminer les entreprises pour lesquelles la révision est obligatoire. A la réflexion on voit pourtant mal lequel aurait pu être choisi en dehors du chiffre d'affaires. Ce dernier est infiniment plus révélateur de l'importance d'une entreprise, que le montant du capital, ou l'importance du bilan qui a pu ne pas être révisé antérieurement.

Si l'obligation de réévaluer n'a pas été imposée à toutes les Sociétés, c'est parce qu'elle a été édictée en vue de fournir au public des éléments plus précis d'appréciation sur le bilan, ainsi réévalué, des Sociétés dont les actions sont cotées en bourse ; ces sociétés sont, par principe, celles réalisant un chiffre d'affaires important¹.

2^o Pour les entreprises autres que celles-ci-dessus la faculté de révision est maintenue mais elle est appelée à disparaître. L'article 40 de la loi leur laisse cette possibilité jusqu'à la clôture du 3^e exercice après la publication de la loi, mais au plus tard le 31 décembre 1962.

1. Rappelons que l'obligation de réévaluer est sanctionnée par une amende fiscale.

Le caractère facultatif de la réévaluation est en fait très normal. Si l'on obligeait les entreprises à réévaluer tous leurs biens, il pourrait se dégager des marges d'amortissement telles que tous les bénéfices ultérieurs disparaîtraient, pour faire place à des pertes. Il y a là une question d'opportunité laissée à l'appréciation souveraine des administrateurs.

Le caractère facultatif doit être compris très largement. Le principe même de l'opération est libre, mais également son étendue, et comme on a pu le dire, sa profondeur. Tous les postes du bilan ne sont pas réévaluables. La valeur des postes réservés ne doit pas nécessairement être portée au chiffre maximum obtenu par la méthode des coefficients, même corrigé par la considération de la valeur réelle.

3° La révision n'a été prévue qu'à l'égard des immobilisations, du portefeuille et des dettes et créances libellées en monnaies étrangères¹. A l'intérieur même de ce groupe l'entreprise conserve la faculté de ne pas réévaluer tous ses éléments correspondants.

Que les dettes et créances en monnaie nationale aient été soustraites à cette révision est parfaitement logique. Le nominalisme s'opposait à la solution contraire et personne ne l'a contesté.

L'absence de réévaluation des stocks a, par contre, été critiquée. Elle reposerait sur ce faux postulat que les biens formant le stock ont été acquis peu de temps avant la rédaction de l'inventaire. C'est cependant un principe de saine gestion financière que d'assurer une rotation des stocks aussi rapide que possible. Le postulat n'est donc pas faux.

Il arrive certes qu'en période de très grande instabilité monétaire certaines entreprises attirées par la possibilité de gains apparemment considérables, encore que purement nominaux en fait, pratiquent un stockage systématique. Ce serait donner une prime à cette politique d'accaparement économique, et pénaliser l'entreprise travaillant avec le seul « stock-outil » normal.

Le législateur n'avait pas été insensible à ce dernier argument, en reconnaissant la possibilité de procéder à des décotes ou dotations sur stocks, qui semblaient mieux à même de remplir la fonction recherchée. Ces dispositions ont du reste été abrogées par l'article 32, paragraphe 1^{er}, de la loi du 28 décembre 1959.

Quant à la prime au stockage, c'est plus la possibilité de réévaluation, que son interdiction qui la lui aurait accordée. Créant, en effet, une plus-value à virer à un compte de réserve spéciale, et échappant ainsi à l'impôt sur les sociétés, la révision du stock aurait été favorable encore aux stockeurs.

En profondeur, la réévaluation est également facultative. Le chiffre obtenu à l'aide des coefficients, même corrigé par la valeur réelle n'est en effet qu'un maximum qu'il est loisible d'adopter ou non.

La loi de 1959 apporte pourtant une modification sur ce point. Il y aurait eu en effet une voie commode pour échapper à l'obligation de réévaluation. Aussi le dernier alinéa du paragraphe 2 a-t-il limité à 25% l'abattement que peuvent pratiquer les entreprises sur les valeurs réévaluées.

1. Sur la révision du portefeuille, cf., en outre la loi de Finances du 17 déc. 1960, art. 7.

Il ne semble pas toutefois que cette limitation soit imposée aux entreprises autres que celles soumises à l'obligation de réévaluer. L'article 40 ne renvoie en effet qu'aux dispositions du premier alinéa du paragraphe 2 de l'article 39.

131. C. — Facultative ou obligatoire, la réévaluation des immobilisations entraîne comme conséquence la révision correspondante des amortissements. Cette conséquence est généralement admise comme le corollaire normal de la réévaluation. Le législateur l'a donc prévue. Mais dans des conditions telles qu'elle fit l'unanimité contre elle. Les critiques sont encore plus acerbes qu'à propos de la révision de la valeur « à neuf ».

La démonstration de l'illogisme du législateur est simple. Il suffit de supposer un bien d'une valeur de 100.000 francs lors de son acquisition. Si sa durée d'utilisation est de 10 ans, à la fin de la neuvième année le compte d'amortissement se monte à 90.000 francs. Si après révision, la valeur à neuf passe à 1.000.000, en bonne logique l'amortissement constatant une dépréciation de 90 % de cette valeur, devrait passer à 900.000 francs. Or, il n'en est rien, chaque annuité d'amortissement devra être multipliée par le coefficient correspondant à l'exercice au cours duquel elle a été pratiquée. En sorte que le chiffre obtenu sera souvent largement inférieur aux 900.000 francs attendus et normaux, mais qu'il est concevable que ce chiffre soit en fait supérieur à celui de l'actif à amortir¹. L'illogisme a été reconnu plus apparent que réel par certains auteurs. Ce qui est alors reproché à la méthode de réévaluation, c'est d'être conçue en fonction d'une hypothèse : la présomption que les sommes distraites du résultat de l'exercice, au titre d'amortissement, n'ont pas été conservées en numéraire, mais investies en biens réels dont la valeur nominale s'est accrue dans la proportion de la perte du pouvoir d'achat. Cette hypothèse serait démentie par les faits. Une chose est cependant certaine : les bénéfices d'exercice ne sont absolument pas représentés par une somme liquide dans les caisses de l'entreprise. Les amortissements ne sont pas des sommes mises soigneusement dans une tire-lire, en vue des dépenses futures².

En période de stabilité monétaire l'amortissement, constatation d'une dépréciation subie, permet également d'une manière indirecte d'assurer le remplacement des éléments d'actif hors d'usage. La détérioration du pouvoir d'achat empêche ce résultat d'être atteint. Le dessein du législateur en autorisant la révision des bilans est d'obvier à ce grave défaut. Il est particulièrement mal venu de lui reprocher sa tentative visant à rétablir l'équilibre entre la conception première de l'amortissement et le rôle économique qui en dérive.

132. D. — La différence entre les valeurs comptables après et avant réévaluation constitue *la plus-value de réévaluation*.

La nouvelle valeur s'entend de la différence entre le prix de revient réévalué et les amortissements réévalués. Par ancienne valeur il faut

1. Ce sera le cas pour un bien acquis par exemple en 1926, amorti sur 10 ans, mais qui existerait pourtant encore dans le patrimoine social.

2. Cf., *supra*, n^{os} 32 et s.

comprendre l'excédent du prix de revient réel sur les amortissements comptabilisés.

C'est le montant de cette plus-value qui, après compensation éventuelle des moins-values, doit être porté obligatoirement à une réserve spéciale, aux termes de l'article 47 du Code général des impôts.

Le fait que la plus-value soit inscrite à un compte spécial du passif n'a jamais été sérieusement critiqué. Sa qualification de réserve l'a été bien davantage. Mais c'est peut-être le mode de calcul qui a fait l'objet des contestations les plus vives.

1° Il est certain, en effet, que l'actif net ressortant au bilan va être gonflé considérablement au cours de l'exercice à la fin duquel la révision est effectuée. La définition du bénéfice comme la différence entre les situations nettes finale et initiale, pourrait conduire à penser que la plus-value va entraîner une augmentation du montant des résultats. Ce bénéfice n'est cependant pas actuel mais conjecturel et virtuel¹. Sa virtualité signifie qu'il est en puissance dans l'entreprise, mais le rend insusceptible de distribution sous peine de fictivité. Telle est bien d'ailleurs notre thèse, *la réévaluation tend à transformer les réserves potentielles nominales, en réserves apparentes*. Mais là ne s'arrête pas la portée de l'opération, qui ne fait pas fonction que de « révélateur » ainsi que nous le verrons plus loin.

2° Le refus du caractère de réserve à ce compte de passif ne se justifie donc pas. Ceux qui soutiennent l'opinion contraire partent d'une conception restrictive des réserves. Pour eux ne méritent ce nom que les comptes enregistrant une rétention de bénéfices réalisés. La réserve de réévaluation ne représente pas comme les réserves normales une accumulation de bénéfices antérieurs non distribués ; elle n'est pas le fait d'une activité de l'entreprise. Elle ne fait qu'enregistrer la plus-value nominale tirée par certains éléments de l'actif, de la conjoncture économique et singulièrement de la dépréciation de la monnaie. Ne résultant point du passé, mais étant tournée vers l'avenir, ce ne peut donc être une réserve².

L'erreur de ce raisonnement n'est plus à démontrer. C'est une illustration supplémentaire de son inanité. Au surplus, cette position conduit à voir dans la réserve de réévaluation, un compte dont on a tout dit quand on l'a qualifié de « spécial » ou de *sui generis*.

3° Le mode de détermination de la plus-value a été l'occasion de sérieuses contestations. Il est pourtant difficile de la calculer d'une manière différente. C'est bien de la différence de valeur entre les chiffres nouveaux et anciens que va s'accroître le montant de l'actif net. L'augmentation corrélative du passif est concentrée sur le seul compte de réserve spéciale.

Aussi le problème s'est-il déplacé tout naturellement vers l'estimation de la nouvelle valeur. Sur ce plan, c'est la méthode de réévaluation des amortissements qui a été remise en cause le plus souvent. Le mirage des

1. DEBESE, *op. cit.*

2. LECLERCLE, *Bilans et monnaie*, p. 303. Dans le même sens, cf. notamment, DEBESE *op. cit.* ; STARCK, *op. cit.*, p. 72 pour qui tout excédent d'actif, tout enrichissement, même réel, ne constitue pas nécessairement une réserve.

chiffres serait dépassé. C'est au miracle qu'il faudrait crier. On a souligné que, moins les biens qui sont censés avoir servi d'emploi au fonds d'amortissement, ont vu leur valeur augmenter, plus la réserve de réévaluation, qui enregistre le bénéfice nominal de l'opération, sera importante.

Cette critique n'est pas véritablement pertinente, car elle ne tient pas compte du correctif apporté par l'évaluation maxima à la valeur réelle. Elle n'est, de plus, que le prolongement de la condamnation du système légal de révision des amortissements, condamnation qui repose sur une analyse inexacte de l'amortissement.

Mais il y a plus. Reprenons l'exemple d'un bien acheté 100.000 francs amorti à 90% soit de 90.000 francs. Sa valeur nette comptable est de 10.000 francs. Supposons que le jeu des coefficients donne 1.000.000 de francs pour la valeur à neuf, et 500.000 francs pour l'amortissement antérieur. La nouvelle valeur comptable ressort à 500.000 francs. La plus-value, égale à la différence entre ce nouveau chiffre et l'ancien, se monte ainsi à 490.000 francs. L'entreprise qui a déjà retenu 500.000 francs dans son patrimoine au titre des amortissements antérieurs, doit procéder à de nouveaux amortissements à concurrence de 500.000 francs au lieu de 10.000 francs, comme elle l'aurait fait à défaut de révision. La différence entre les deux sommes soit 490.000 francs correspond à des amortissements complémentaires *obligatoires*; ce complément d'amortissement est donc exactement égal à la réserve de réévaluation.

Ainsi, par suite de la révision du bilan, les *associés perdent la libre disposition des augmentations futures de l'actif net correspondant à cette nouvelle marge d'amortissement dont ils auraient eu autrement le droit de disposer*¹. Ces créances de passif interne qui n'apparaissent pas à cause de la révision, sont égales au chiffre de la réserve de réévaluation.

Ce fait très important doit être souligné car il permet seul une analyse complète de la réserve de réévaluation. Au départ la réserve de réévaluation n'est pas autre chose que la révélation d'une réserve potentielle. Les associés sont impuissants à déclarer exigible la créance de passif interne correspondante. Mais par sa nature, cette réserve potentielle perd progressivement de sa valeur. Lorsque le bien qui est à l'origine de la plus-value est hors d'usage, la réserve potentielle devrait disparaître. A ce moment intervient l'obligation de pratiquer des amortissements complémentaires. Les associés doivent *obligatoirement* laisser des accroissements de situation nette dans l'actif social, dans une mesure exactement égale à la diminution de la réserve potentielle. Il se produit progressivement une substitution de biens nouveaux à ceux qui ont donné naissance à la réserve de réévaluation.

La constitution de la réserve de réévaluation peut donc s'analyser de deux manières. Dans l'immédiat elle révèle une réserve potentielle. Pour l'avenir elle correspond à l'engagement des associés de laisser dans l'actif social des sommes qu'ils auraient normalement pu se partager. Le montant de ces sommes est égal à celui de la réserve potentielle, et leur maintien est obligatoire puisqu'il revêt la forme d'amortissement diminuant la créance de bénéfices annuels.

1. Il n'importe peu d'ailleurs que la réévaluation ait été obligatoire ou facultative puisque de toute manière, l'opération est irréversible.

133. L'augmentation des amortissements futurs, conséquence de la réévaluation, a été aperçue par tous les auteurs. C'était le dessein même du législateur, mis en exergue dans l'exposé des motifs de l'ordonnance de 1945.

Mais la doctrine considère qu'il n'y a là qu'une conséquence indépendante de l'apparition de la plus-value. Cette opinion ne peut être retenue, ainsi qu'il vient d'être expliqué. Au vrai, c'est la qualification de plus-value qui a induit en erreur. Ce terme se comprend, et se justifie, en ce sens, qu'il sert à qualifier l'augmentation constatée dans le montant de l'actif. Il rend cependant mal compte du caractère infiniment plus complexe de l'opération.

La constitution de la réserve de réévaluation (ou si l'on préfère la révision du bilan) équivalait pour les actionnaires à augmenter pour l'avenir la fraction des capitaux propres qu'ils s'engagent à laisser à la disposition de la Société. Cet engagement vaut pour le futur puisqu'il se ramène à autoriser le maintien dans l'avenir des sommes égales au complément d'amortissements et qui jusque là auraient pu être distribuées. Cet engagement a cependant un effet immédiat puisque le nouveau chiffre des réserves est fixé simultanément et pris en considération pour la détermination des résultats de chaque exercice.

Lorsque la révision est facultative, la décision appartient aux actionnaires. Ceci ne saurait étonner puisque l'exigibilité de toute créance de passif interne est de leur compétence. Lorsqu'il y a d'autres ayants-droit aux bénéfices, en particulier des porteurs de parts de fondateurs, ceux-ci ne peuvent s'opposer à la constitution de la réserve de réévaluation, — sous peine d'être considérés comme s'étant immiscés dans la gestion de la Société. Au surplus, la révision du bilan est indubitablement conforme à l'intérêt social. Ainsi se trouve justifiée la décision de l'assemblée des actionnaires.

134. Certains auteurs ont posé, au cours ou après l'étude critique de la méthode légale de réévaluation, le problème de la révision des comptes capital et réserves. Que penser de cette suggestion, étant bien entendu d'ailleurs que de toute manière, elle ne peut recevoir d'application en droit positif.

La doctrine est très divisée. Une partie préconise la réévaluation du capital par la méthode des indices. La thèse soutenant l'impossibilité de toute révision a également ses partisans. Il existe enfin des tenants de solutions intermédiaires ; les comptes de capitaux propres seraient susceptibles de réévaluation, mais le procédé légal serait inadéquat.

La correction du compte capital par le jeu des coefficients n'est pas une vue de l'esprit. Elle a été employée en Allemagne lors de la débâcle monétaire de 1924. Il en est résulté une erreur comptable monumentale. Des pertes de substance considérables ont été révélées, alors qu'en fait le phénomène de concentration industrielle et l'accumulation de stocks très importants avaient permis le plus souvent la réalisation de très gros bénéfices.

Il n'a pas été difficile de montrer que la théorie de la réévaluation du capital par la méthode des indices repose sur une conception erronée

de la nature de ce compte. On avait raisonné comme si le capital avait une réalité distincte des biens qu'il représente ; comme si les associés étaient des créanciers privilégiés de l'entreprise devant retrouver malgré la crise économique une somme représentant le même pouvoir d'achat que celui de leur apport¹. Cet argument n'est pas très heureux. Il donne une explication défectueuse de la réalité. A l'en croire, les actionnaires pourraient éventuellement produire à la faillite de la Société, pour le montant de leurs apports. C'est de toute évidence une contre-vérité qui doit écarter de soutenir cette explication.

Du reste de meilleurs arguments ont été avancés pour prouver l'impossibilité de réévaluation du compte capital.

Le plus déterminant est tiré du principe dit du nominalisme. L'égalité théorique du franc, édictée par l'article 1895 du Code civil interdit en effet à elle seule la réévaluation du compte capital. Pour éliminer l'application de cet article gênant, on a dit que les règles de l'article 1895 n'avaient rien à voir dans la question. Ces règles sont édictées dans les rapports de créancier à débiteur, or le poste capital n'enregistre pas l'existence d'une dette de l'entreprise². Cette affirmation est inexacte. Elle repose sur le postulat que les actionnaires sont les propriétaires de l'entreprise. Il n'est pas besoin de démontrer à nouveau l'erreur fondamentale de cette assertion³. Le capital est un compte de passif interne, auquel s'applique le principe de nominalisme.

Un autre principe, celui de fixité du capital social, s'oppose à la réévaluation. Le rôle essentiel de ce principe est d'interdire la distribution d'une partie de l'actif, qui aurait pour conséquence d'amener l'actif net à une valeur inférieure au montant du capital. Ainsi se trouve assurée la protection des créanciers certains de trouver un gage minimum pour répondre des engagements de la Société. De plus, il y a une protection de l'entreprise non pas contre elle-même, mais contre les actionnaires. Ceux-ci ont librement choisi le chiffre du capital, les variations économiques ne peuvent en aucun cas avoir pour conséquence de les contraindre à l'augmenter.

Pour réfuter cette argumentation, on fait valoir qu'il existerait indépendamment de la règle de fixité du capital nominal, une autre règle aussi impérative, encore que moins nettement formulée : celle de la conservation de la substance réelle de l'entreprise, ou si l'on préfère de la fixité du capital au sens économique du terme⁴.

C'est là confondre une règle de droit positif et un devoir être économique. En période de stabilité monétaire le principe de fixité permet le maintien de la consistance économique de l'entreprise. L'instabilité fait que l'application de la règle de droit positif peut avoir des conséquences économiquement mauvaises. Cette vérité a déjà été illustrée par l'exemple des amortissements. Pour ceux-ci le droit positif exige de les comprendre

1. En ce sens, STARCK, *op. cit.*, p. 66.

2. CHARPENTIER et HAMELIN, *op. cit.*, p. 89, COPPER-ROYER, *op. cit.*, n° 568 *ter* ; STARCK, *op. cit.*, p. 67.

3. Cf. *supra*, n° 20 et 21.

4. Cf. VIGIER, *Les provisions dans la comptabilité des entreprises*, th. Strasbourg, 1941, STARCK, *op. cit.*

comme la constatation de la dépréciation subie. Economiquement il faudrait les concevoir comme le moyen d'assurer le renouvellement des éléments d'actif défectibles. Par la révision du bilan, le législateur a permis à ce second rôle d'être rempli correctement, et ainsi de maintenir le potentiel économique de l'entreprise. Il y a donc là un palliatif très important. Le législateur ne pouvait aller jusqu'à exiger la réévaluation du capital. Mais il a incité les entreprises à y procéder indirectement, par l'incorporation de la réserve de réévaluation.

Remarquons enfin que la révision du capital par le jeu des coefficients n'a pas trouvé de défenseurs vraiment sérieux. Ce qu'on a proposé c'est la création d'un ou plusieurs postes annexes à celui du capital nominal, postes exprimant le montant des charges réelles supplémentaires, nécessaires au maintien ou au remplacement des éléments constituant le capital économique de l'entreprise¹. Cette proposition paraît fort curieuse, puisque c'est très exactement ce qu'a fait le législateur. La méthode proposée revient seulement à dissocier dans la réserve spéciale, la fraction correspondant à la plus-value, de celle enregistrant l'augmentation des charges. Il est vrai que regroupant ces deux éléments sous le même nom générique de plus-value, le procédé légal a pu semer le doute dans les esprits. Il n'empêche que les résultats souhaités sont assez bien atteints. Et ceci compense largement cela.

§ 2. — *Les réserves statutaires*

135. La seconde catégorie de réserves mixtes qui doivent retenir l'attention est celle des réserves dites statutaires. Leur originalité est moins grande que celle de la réserve spéciale de réévaluation, leur étude sera plus rapide.

Les statuts précisent habituellement le sort qui sera fait aux bénéfices. La stipulation la plus courante donne pouvoir à l'assemblée ordinaire pour porter tout ou partie du super-bénéfice à un ou plusieurs comptes de réserve. Il s'agit alors de laisser à la fin de chaque exercice leur libre pouvoir de décision aux actionnaires. Ces réserves appelées normalement libres, extraordinaires ou facultatives requièrent le consentement des associés.

Cette liberté peut sembler dangereuse pour la vie de l'entreprise, et partant de la société. Les actionnaires risquent de succomber à la tentation de pratiquer une politique à court terme, sans se soucier des inconvénients futurs. Peut-être même certains affairistes profiteront-ils d'une majorité temporaire pour ordonner la distribution intégrale des résultats d'exercice, voire de réserves antérieures pour péréquation de dividendes. Ayant donné toute la publicité tendancieuse nécessaire à des grosses distributions en dissimulant leur origine exceptionnelle, ces aigrefins de la finance pourraient facilement se défaire ensuite de leurs actions à des cours élevés.

Pour éviter ce risque, certaines sociétés à la vérité peu nombreuses, préfèrent inclure dans le texte même des statuts, des dispositions ordonnant une retenue sur les bénéfices, soit immédiatement après dotation

1. V. notamment en ce sens STARCK, *op. cit.*, p. 69.

du fonds de réserve légale, soit après prélèvement de la somme nécessaire au paiement du premier dividende, encore appelé intérêt statutaire. C'est à ce type de réserve qu'il faut donner le nom de statutaire.

La source de la retenue n'est pas dans la loi extérieure au groupement, mais bien dans la loi intérieure de la Société. Cette différence n'a qu'une portée limitée à l'égard des actionnaires. Le respect des stipulations des statuts s'impose à eux, au même titre que celui de la loi. Les associés ne sont pas libres au cours de l'assemblée ordinaire de décider l'exigibilité de la fraction des bénéfices qui doit être portée à la réserve statutaire. En ce sens il faut admettre que la réserve se constitue en l'absence du libre consentement des intéressés.

À la différence de la réserve légale, une réserve statutaire peut cependant ne pas être constituée. La loi intérieure est en effet susceptible d'être modifiée par les associés, à la condition de respecter les conditions imposées par l'article 31 de la loi de 1867. Les actionnaires peuvent faire disparaître du pacte social, les articles, ou les dispositions régissant la constitution d'une réserve. En ce sens, il faut dire que l'absence de libre consentement n'est que relatif. Ainsi est expliqué le caractère mixte des réserves statutaires.

La possibilité de modification des statuts entraîne celle de prévoir pour l'avenir la mise en réserve obligatoire d'une partie des bénéfices, alors même que le texte initial du pacte social ne prévoyait rien de tel.

Cette solution ne fait plus de doute aujourd'hui. Notre droit positif a cependant été assez long à l'accueillir. Ceci ne saurait d'ailleurs surprendre. L'atteinte portée au droit au dividende des actionnaires peut être beaucoup plus grave en cas de constitution d'une réserve statutaire, qu'à propos de réserves facultatives. Dans cette dernière hypothèse, la modification des statuts laisse encore une place au consentement futur des associés. Ce consentement disparaît pour les réserves statutaires.

Le problème était donc important en lui-même. Plus encore que les conséquences pratiques, ce sont des considérations théoriques qui lui ont donné une valeur particulière. C'est la conception même de la Société qui était en jeu. Penchait-on vers ce qui sera appelé plus tard la conception institutionnelle, l'on devait admettre le pouvoir de la majorité. Soutenait-on qu'il y a un contrat, il fallait exiger l'unanimité pour modifier les statuts. Déjà cette conception contractuelle avait dû opérer un repli stratégique se limitant à défendre « les bases essentielles du contrat social »¹. La loi du 16 novembre 1903 semblait augmenter l'influence de l'idée institutionnelle. La Cour de cassation maintint sa position, décidant que même sous l'empire de la loi de 1903 les assemblées générales investies du droit d'apporter aux statuts toutes modifications utiles « ne pouvaient en dehors des deux cas prévus par ladite loi exercer ce pouvoir qu'à charge de respecter les bases essentielles du contrat social »².

Il est vrai que les règles concernant le partage des bénéfices n'étaient considérées comme essentielles que si l'atteinte qu'elles subissaient était trop grave. La position de la Cour suprême était également fixée nettement

1. Cass. civ., 30 mai 1892 ; D., 1893.1.105, note Thaller.

2. Cass. civ., 7 nov. 1916 ; D., 1916.1.267.

sur ce point¹ et ôtait beaucoup de leur intérêt aux bases soi-disant essentielles.

La loi du 22 novembre 1913 a tranché le problème d'une manière qui devait être définitive. L'application dans le temps de ce texte a certes soulevé de sérieuses difficultés, mais il doit être regardé comme l'acte de décès officiel de la théorie des bases essentielles.

Pour ne pas laisser l'actionnaire à la merci d'une majorité omnipotente, il a fallu lui reconnaître des droits propres, ou individuels, lui garantir dans le groupe social un minimum de droits, pendant des libertés publiques reconnues à tout citoyen dans l'Etat. L'actionnaire pourrait ainsi attaquer la modification des statuts, à la condition de rapporter la preuve bien délicate d'un détournement de pouvoir.

136. Si les réserves statutaires présentent des avantages certains, elles ne sont pas sans inconvénients. Le principal réside dans le manque de souplesse de leur constitution. Le taux en est fixé une fois pour toutes. Il sera rarement adapté aux variations de l'activité et de la conjoncture économique générale, comme aux besoins particuliers de l'entreprise. Dans les périodes d'instabilité monétaire, l'obligation de constituer une réserve statutaire, n'évitera pas le recours à des prélèvements supplémentaires sur les bénéfices. A d'autres moments au contraire l'entreprise pourrait fort bien se passer de l'afflux de capitaux propres. Les actionnaires seront plus réticents à consentir au maintien de nouveaux capitaux, qu'ils auront été obligés de le faire dans le passé sans vrai profit pour la Société.

Il peut être bon, alors que les capitaux sont abondants, de modifier les règles de constitution des réserves statutaires, voire de les supprimer. Ainsi les associés, par cette faculté qu'ils possèdent de modifier le texte des statuts, sont libres de faire cesser les rétentions annuelles de profits.

Cette possibilité de suppression des prélèvements destinés à la réserve statutaire ne fait pas difficulté. Ce genre de décision apparaît au surplus comme éminemment favorable aux actionnaires. Une restriction à leur droit au dividende disparaît. Les associés recouvrent leur entière liberté de consentement, pour l'affectation ultérieure des résultats d'exercice. Ils ne peuvent donc s'en plaindre.

Encore faut-il prendre garde à ne pas tomber de Charybde en Scylla, à ne pas passer d'une réglementation trop stricte et inadéquate à une liberté trop complète. Sans doute, même dans le silence des statuts doit-on reconnaître à la majorité réunie, en assemblée ordinaire le pouvoir de constituer les réserves facultatives nécessaires. Des difficultés sont cependant possibles, sinon probables.

Aussi ne saurait-on trop conseiller, en cas de modification des statuts sur ce point, de remplacer les dispositions édictant la constitution obligatoire d'une réserve, par la reconnaissance du droit pour l'assemblée annuelle de porter à tout compte de réserve, des sommes dont le maintien dans l'entreprise apparaîtra nécessaire ou souhaitable.

1. Cass., 29 oct. 1902 ; D., 1904.1.49 ; 6 janv. 1903 ; D., 1904.1.145, 9 févr., 1903 ; D., 1904.1.149. — Comp. Cass., 7 nov. 1916 précité, où l'atteinte était considérée comme grave.

TITRE DEUXIÈME

LA REPRÉSENTATION DES RÉSERVES

137. Les sociétés par actions, ce merveilleux instrument du capitalisme moderne, font une grande consommation de capitaux. Leur appétit ne connaît guère de bornes. Pour tenter de l'assouvir, bien des moyens sont concevables. La constitution des réserves, qui vient d'être étudiée, a permis de découvrir le mécanisme de l'autofinancement. Lui seul a rendu possible la survie des entreprises exploitées par ces sociétés. A lui seul aussi il constitue un outil perfectionné, au service d'une machine plus complexe encore. Sans lui pourtant, la machine cesserait de fonctionner.

L'autofinancement est né sous une bonne étoile. Le législateur lui-même lui a servi de parrain. Il a forcé la société à s'enrichir, en constituant une réserve. L'organe a créé la fonction. Tout au long de l'extraordinaire développement de l'autofinancement, le législateur a été son guide. Discutait-on du pouvoir de la majorité pour modifier le pacte social, en vue de constituer des réserves, le législateur veillait et reconnut ce droit. Les dévaluations monétaires risquaient-elles de priver la société des capitaux nécessaires, ce fut la possibilité de réviser les bilans. Distribuant de plus des faveurs fiscales le cas échéant, on retrouve toujours ce bon ange gardien. La protégée trouve pourtant cette tutelle bien gênante, et imagine des procédés que n'approuve pas son protecteur. Comment résister à la tentation de créer des réserves occultes... quand on a été incité, voire forcé d'en constituer d'autres.

La question se pose alors de savoir comment toutes ces réserves vont être représentées dans le patrimoine de l'entreprise. On pourrait penser que les capitaux retenus doivent recevoir un emploi précis, surtout si c'est le législateur qui en a imposé la retenue. Or il n'en est rien. « Et chaque année vous prélèverez sur vos bénéfices, s'il y en a, la vingtième part de ceux-ci pour arriver à reconstituer la dixième part de votre capital. Mais avec ces deniers, vous pourrez faire bâtir des cabanes à lapins, ou paver en mosaïque la Salle du Conseil »¹. Cette remarque prouve

1. Ph. GIRARDET, « Les affaires et les hommes », 1928, *L'Evangile de l'anonyme*, p. 101 et s.

assez combien la question de la représentation des réserves peut frapper l'opinion.

Au départ, il convient de signaler qu'une terminologie incertaine achève de semer le doute dans les esprits. En effet, des mots sensiblement synonymes sont utilisés à propos de questions n'ayant aucun rapport entre elles. On parle indifféremment d'affectation, d'emploi et d'utilisation des réserves à propos d'opérations fort différentes les unes des autres.

Acheter un immeuble ou du matériel avec des réserves, c'est dans le vocabulaire courant, employer ou utiliser ces réserves. Incorporer ces réserves au capital, ou les distribuer c'est encore selon ce même vocabulaire, employer, utiliser ou affecter les réserves. Le même mot recouvre ainsi l'hypothèse où, une réserve continuant d'exister, les capitaux propres qu'elle fournit, servent à la matérialiser dans l'actif, et l'hypothèse où, une réserve cessant d'exister, les capitaux qui en proviennent, changent de régime juridique, ou sont restitués à leurs ayants-droit.

Aussi semble-t-il préférable de parler dans le premier cas, qui nous occupe ici, de *représentation* des réserves. Ce mot est plus évocateur. Des réserves existent ; quelle en est la matérialisation pour la Société ? L'idée de tire-lire sous-jacente dans la notion de réserves n'est pas si mauvaise au cas particulier. Pourtant ce n'est là qu'un aspect de notre question. L'augmentation des capitaux propres correspondant aux réserves, est étroitement liée à une augmentation corrélative de l'actif. Il s'agit de savoir si des biens précis matérialisent cet accroissement. Ainsi se trouve posé le problème de la *représentation matérielle*.

Mais puisqu'il y a augmentation des capitaux propres, une nouvelle créance de passif interne naît au profit des associés contre la Société. Dans cet aspect passif, se pose le problème de la *représentation juridique* des réserves. Cette seconde perspective a peu retenu l'attention des juristes. Il suffit de la poser pour voir son importance.

L'étude de la représentation matérielle et de la représentation juridique des réserves retiendra donc successivement l'attention.

CHAPITRE PREMIER

LA REPRÉSENTATION MATÉRIELLE DES RÉSERVES

138. Par suite de la constitution de réserves, la Société se trouve disposer de capitaux propres supplémentaires. C'est le but même de l'opération. Les administrateurs demandent aux associés de renoncer à déclarer exigible l'intégralité de l'accroissement du passif interne, dans la vue d'accroître le patrimoine social, et plus précisément le potentiel économique de l'entreprise.

Pour atteindre le résultat souhaité, il est nécessaire que le maintien de ces capitaux présente une certaine stabilité. Les actionnaires consentent un sacrifice en renonçant à déclarer l'exigibilité d'une créance de passif interne comme ils auraient été en droit de le faire. Il est donc normal qu'ils exigent, ou puissent exiger de la Société des assurances au sujet de l'emploi qui sera fait de ces capitaux. La meilleure garantie qui puisse leur être donnée, consiste dans l'engagement pris par la société d'acquérir des éléments déterminés à l'aide de ces capitaux. Les biens acquis représenteront matériellement les réserves. Il n'est pas inconcevable pourtant que les actionnaires laissent à la Société le soin d'employer les fonds de réserve au mieux de l'intérêt social, ou de l'intérêt de l'entreprise. Selon que l'une ou l'autre solution sera adoptée, les réserves seront dites *spéciales ou générales*.

Cette différence traduit les modalités dont les associés peuvent assortir leur décision de mise en réserve. Cette dernière n'est consentie qu'à la condition que les capitaux laissés à la disposition de la Société reçoivent une affectation déterminée, dans le cas des réserves dites *spéciales*. Au contraire aucune obligation de ce genre n'existe à propos des réserves *générales*.

D'autres expressions sont également utilisées. Pour répondre aux exigences des actionnaires, certains biens pourront être acquis, qui représenteront la réserve spéciale correspondante. On parle alors de *réserves consolidées*. Au contraire les réserves générales sont appelées *réserves flottantes*. Ces qualificatifs sont donnés pour marquer l'exécution par la

Société des obligations imposées par les associés. Le problème est alors envisagé par rapport à l'entreprise et non plus par rapport aux actionnaires.

Un auteur a pu dire que les fonds correspondant aux réserves flottantes sont noyés dans la masse de l'actif¹. L'image de ce noyé flottant n'est sans doute pas très plaisante. Elle a cependant le mérite d'assez bien illustrer le phénomène. Aucun bien particulier ne représente les capitaux propres mis en réserve. La Société peut acquérir des biens, les aliéner, en acheter d'autres. Ainsi aucun bien déterminé ne matérialise la réserve. La représentation est flottante.

Au contraire si un ou plusieurs biens déterminés sont acquis grâce à l'augmentation des moyens de financement, la Société ne peut les aliéner pour en acheter d'autres sans rapport avec les premiers sans enfreindre la volonté des associés. Des éléments précis matérialisent la réserve. Sa représentation apparaît comme beaucoup plus solide.

L'avantage présenté par les réserves spéciales ou consolidées est d'assurer aux actionnaires, que le sacrifice qu'ils ont consenti ne sera pas détourné de sa raison d'être. La consolidation des réserves est une garantie pour les associés.

139. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner qu'un courant doctrinal se soit dégagé, non seulement pour exiger un emploi précis des réserves, mais encore pour demander que les biens acquis ne soient pas soumis aux aléas de l'entreprise.

L'idée de base d'une telle position est que l'on risque de ne pas se trouver, en temps de crise, en présence du trésor de guerre dans lequel on devrait pouvoir puiser le moment venu. Les réserves représentées par des biens de l'entreprise, seront atteintes en même temps que le reste du patrimoine social. Elles seront incapables de remplir leur mission de protection.

Un auteur a cru pouvoir en rapporter la preuve, en étudiant le bilan de sociétés tombées en faillite². A côté du montant du capital social, figurait le chiffre souvent très important des réserves possédées à la clôture du dernier exercice. Les réserves n'ont pas permis à ces sociétés d'éviter la chute. C'est, a-t-on dit, parce que les réserves n'existaient que sur les livres et étaient en fait soumises à tous les aléas de l'entreprise. C'est un véritable réquisitoire qu'il faudrait dresser contre la liberté de représentation matérielle des réserves.

Au vrai, la démonstration n'est pas pleinement convaincante. D'abord l'étude du bilan est incapable de renseigner sur la représentation des réserves. Mais surtout on ne peut tirer argument « d'une statistique ne donnant que le nombre de personnes décédées à la suite d'un traitement déterminé, sans mentionner le nombre de celles qui ont été sauvées par ce même traitement »³.

Quelques auteurs ont proposé une distinction entre les prélèvements opérés sur les bénéfices en vue d'une extension de l'entreprise et ceux

1. JACOB, « Les réserves dans les Sociétés anonymes », *Rev. Soc.*, 1958, p. 3 et s.

2. WARSCHAUER, « Die Reservefonds der deutschen Aktiengesellschaften », *Jahebücher für National Oekonomie und Statistik*, 1903, t. XXV, p. 19 et s.

3. FOLLIET, *op. cit.*, note 3, p. 387.

effectués dans un but strict de prévoyance. Dans le premier cas, il y aurait en quelque sorte une augmentation du capital économique. L'investissement immédiat et intégral dans l'entreprise ne souffre pas de discussion. Dans la seconde hypothèse, qui correspondrait seule à l'établissement de réserves, les biens acquis doivent être maintenus à l'abri des événements dont ils doivent protéger l'entreprise. De plus, pour les mettre à même de remplir leur rôle avec le maximum d'efficacité, ils devraient être conservés dans un état de disponibilité constante.

Il serait pourtant difficile d'astreindre les sociétés à garder sous la forme improductive d'espèces conservées en coffre-fort, les fonds provenant des rétentions de profit. Du moins les placements doivent-ils répondre à des règles fort strictes. Ils ne peuvent être faits qu'en valeurs fournissant pleine sécurité et d'une réalisation facile. Il a été proposé d'obliger par exemple les Sociétés à acquérir des fonds d'Etat, placement type supposé du bon père de famille. Les dévaluations monétaires successives font douter de l'opportunité d'une telle solution, qui serait fort mal accueillie si elle passait en droit positif¹.

140. Une telle réglementation n'est pas à proprement parler inconcevable. Elle encourrait surtout le grave reproche de méconnaître la réalité.

A l'origine de l'obligation de représentation des réserves par des biens précis, limitativement énumérés, se trouve une conception dont la fausseté n'est plus à démontrer. Il faut cependant la rappeler puisqu'elle semble avoir été oubliée, par une partie de ceux qui ont étudié la question.

On se représente très souvent et à tort, les réserves comme une somme mise de côté et dans laquelle il n'y a qu'à puiser en cas de besoin². Cette idée est d'autant plus fréquente, que l'on considère les réserves comme des bénéfices accumulés. Le mot même de bénéfices évoque pour la plupart des auteurs, une somme liquide et disponible.

Or ce qu'enregistrent les bénéfices c'est l'augmentation de l'actif net intervenue dans le courant de l'exercice, compte tenu des variations du passif interne (apports supplémentaires ou distributions). Cet accroissement se calcule en valeur. Il trouve son expression au bilan dans l'excédent de l'actif sur le passif. C'est une hypothèse gratuite, presque toujours

1. Il serait erroné de croire que notre droit reconnaît dans un cas particulier cette obligation de représentation matérielle, à propos des sociétés d'assurance et de capitalisation. Dans ces entreprises chaque réserve est pour ainsi dire, découpée dans le bilan, comme sont individualisées dans le bilan les valeurs qui représentent chacune d'elles. Les articles 153 et suivants du décret du 30 décembre 1938, modifiés à diverses reprises précisent la façon dont « sont représentées à l'actif », les différentes réserves techniques et autres, en fonction de l'activité de la société. Avec ou sans limitation, suivant les cas, il doit s'agir de valeurs d'Etat, d'immeubles, de prêts hypothécaires ou de liquidités (Sur le détail de cette réglementation cf., SUMIEN, *op. cit.*, n°s 519 et s.).

Cette exigence se comprend aisément, car ce serait une garantie bien platonique pour les assurés de voir des réserves calculées à des taux formidables si à l'actif du bilan ne figuraient pas des valeurs réelles balançant effectivement ces réserves.

Mais il convient de se rappeler que les réserves des compagnies d'assurance, n'ont de commun avec les réserves véritables, que le nom, les règles de représentation ne concernent absolument pas les accroissements de situation nette au-delà du capital social. Cf., *supra* n° 63.

2. FOLLIER, *op. cit.*, p. 384.

démentie dans les faits, que de penser qu'il y a dans l'actif des sommes liquides correspondant à cet accroissement. L'excédent peut au contraire consister en des biens difficilement réalisables.

C'est même l'un des motifs essentiels qui pousseront la société à demander à ses actionnaires de ne pas déclarer exigible l'intégralité du bénéfice réalisé. Elle éprouverait alors de sérieuses difficultés pour s'acquitter des dividendes exigés par les associés. Si les actionnaires accèdent à la demande de la Société, il ne fait aucun doute que la réserve ainsi constituée ne peut être représentée par des liquidités.

Il y a plus. Certaines réserves par leur mode de constitution ne peuvent être représentées par des espèces. C'est le cas plus spécialement pour les plus-values nominales, non encore réalisées. La plus-value dégagée par la réévaluation est incluse dans les biens réévalués. Les capitaux propres correspondant sont maintenus à la disposition de la Société, sinon les éléments d'actif qui sont à leur origine devraient être vendus. Il est bien certain que dans la mesure où une immobilisation figurant au bilan pour 10, vaut 100, la plus-value correspondante, soit 90, est représentée par le bien lui-même. Dans la mesure, en outre, où la réserve spéciale de réévaluation enregistre la charge supplémentaire entraînée par la révision, et que les actionnaires doivent désormais subir, il ne peut pas davantage être question de prétendre que des liquidités en représentent le montant.

L'actif du patrimoine social forme un tout. L'ensemble est financé par une série de capitaux. Une partie de ces capitaux est propre à l'entreprise, elle concourt à former le passif interne. Mais une autre fraction des moyens de financement est fournie par des tiers ; à cette portion correspond le passif externe. Il est arbitraire de considérer que les liquidités représentent une partie du passif interne (bénéfices ou réserves) plutôt que du passif externe. Et ce d'autant plus que comme il a été dit, il est très rare qu'il y ait assez d'avoirs liquides ou exigibles à très court terme pour compenser ces comptes de passif interne.

141. La constitution des réserves a pour seul effet de permettre d'équilibrer « la dilatation de l'actif net comptable »¹. Elle n'entraîne aucune conséquence quant à la composition de l'actif, dont les divers éléments représentent indifféremment capital, réserves et créance des tiers. Une grande partie de la doctrine semble aujourd'hui admettre cette évidence que les réserves consistent en biens divers et ne peuvent s'isoler dans l'actif social dont elles font partie².

Il y a là une vérité qu'on ne saurait nier. Les liens unissant l'actif et le passif laissent à chacun de ces groupes une autonomie interne, qui interdit d'établir des relations directes d'un poste de l'actif à celui du passif interne ou externe. En admettant même qu'à l'origine une telle corrélation soit possible, elle ne saurait entraîner les conséquences souhaitées par certains dans notre question. Ce que l'on est à même de constater, c'est une augmentation de l'actif. Cette augmentation de l'actif entraîne l'apparition

1. JOLY, *op. cit.*, V° Bénéfices, n° 11.

2. AMIAUD, *op. cit.*, n° 40 et s. ; HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, n° 722, *Juris. Clas. Soc. Fas.* 147 ; CORDONNIER, *op. cit.*, *J. Soc.*, 1943, p. 85 ; JOFFROY, *op. cit.*, p. 70.

d'une nouvelle créance de passif interne. Le seul lien que l'on pourrait découvrir, encore qu'il soit bien artificiel, unirait ainsi la créance de passif interne, avec la somme des accroissements constatés sur différents postes de l'actif, compte tenu des minoration subies par d'autres postes, et compte tenu encore des variations intervenues dans le passif externe et interne¹.

La constatation de la créance de passif interne et son inscription sur les livres de la Société suffirait, selon un auteur², à investir les réserves de la réalité économique qui leur est indispensable. Il n'est pas possible de souscrire à une telle affirmation qui inverse l'ordre des facteurs. Ce qui préexiste, c'est la réalité économique. La comptabilité ne fait que l'enregistrer. Ce n'est pas, ce ne peut être une simple constatation, qui a pour effet de donner le jour à une réalité. Par définition on ne constate jamais que ce qui préexiste. Soutenir le contraire est un non-sens.

Les réserves ne sont donc pas, sauf cas très exceptionnel, individualisées dans l'actif et encore moins représentées par des valeurs réalisables. L'intégralité des capitaux propres est employée au fonctionnement de l'entreprise. Ce sont les prévisions de trésorerie qui commandent la proportion à choisir, à un moment donné, entre les valeurs rapidement réalisables, l'encaisse et les immobilisations³.

142. C'est bien là que se trouve, en effet, le véritable problème. Ou plus exactement, il se situe dans un cadre plus large, dont les questions de trésorerie ne sont qu'un élément. La représentation des réserves est liée étroitement à la politique de *gestion financière de l'entreprise*. Ce fait conduit à des solutions que les tenants d'une orthodoxie juridique rigoriste ne manquent pas de réprouver.

L'entreprise exploitée par la Société, doit, si elle veut survivre dans des conditions normales, se conformer à un minimum de règles de gestion financière. C'est aux administrateurs et au directeur général qu'il appartient de veiller au respect de ces règles.

L'une d'elles est particulièrement importante pour notre question ; celle dite de *l'équilibre financier minimum*. Les capitaux utilisés par l'entreprise pour financer une immobilisation, un stock ou toute autre valeur de l'actif doivent pouvoir rester à la disposition de l'entreprise pendant un temps qui correspond au moins à celui de la durée de l'immobilisation, du stock ou de la valeur acquis avec ces capitaux⁴.

Ce qui revient à dire que le capital fixe au sens économique, doit être financé par des capitaux propres, ou à la limite par des capitaux étrangers à long terme. Le capital circulant encore appelé « Fonds de roulement total » ou « Fonds de roulement brut » peut au contraire être financé par des capitaux étrangers à moyen et à court terme ; il serait pourtant

1. Il convient de noter en effet, qu'un bénéfice peut se dégager en l'absence de toute augmentation en valeur absolue de l'actif, et même en présence d'une diminution, dès lors que le passif externe, en particulier, a lui diminué dans des proportions plus grandes.

2. JOFFROY, *op. cit.*, p. 70.

3. HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, n° 722, p. 849.

4. DEPALLENS, *Gestion de l'entreprise*, p. 111.

dangereux de le financer uniquement par de tels capitaux. Il faut donc dépasser la règle d'équilibre et se réserver une marge de sécurité. La prudence exige à la limite de financer également avec des capitaux propres, cette marge de sécurité dénommée parfois « Fonds de roulement net ».

La mission du chef d'entreprise ne doit pas s'arrêter là. Gouverner c'est prévoir. Il faut donc dégager les besoins à caractère de longue durée de l'entreprise, pour assurer le maintien et autant que possible l'accroissement de l'activité de l'affaire. Mais il faut également trouver les capitaux durables nécessaires à cet effet.

C'est bien là, quoi qu'il puisse sembler, un problème de gestion financière. Le but essentiel de cette dernière est de mettre à la disposition des dirigeants, aux moments opportuns, et par les moyens les plus économiques, les capitaux nécessaires à l'équipement rationnel et au fonctionnement normal de l'entreprise, tout en lui assurant une indépendance permanente et une liberté d'action industrielle et commerciale.

L'élaboration du Plan de financement général à longue échéance permet de parvenir à ce résultat.

Elle suppose établi préalablement le plan des besoins financiers de l'entreprise. Il est tenu compte des dépenses d'investissement reconnues nécessaires, mais aussi du remboursement des capitaux étrangers à long et moyen terme, ainsi que du financement du Fonds de roulement net. Ces besoins financiers consistent, selon la règle d'équilibre financier minimum, en capitaux de très longue durée, et autant que possible en capitaux propres. Etant donné par ailleurs l'importance de l'autofinancement, il est certain que la majeure partie des capitaux propres sera recherchée dans les bénéfices réalisés.

En sorte que l'entreprise ayant besoin d'opérer certains investissements, et espérant réaliser certains bénéfices au cours de l'exercice correspondant, procédera aux acquisitions nécessaires. L'actif net se trouvera bien accru, et son augmentation se traduira par des bénéfices. Ces bénéfices auront été utilisés en fait *avant* même d'avoir été constatés. Les actionnaires sont placés en réalité devant le fait accompli. Ils ne pourront tout au plus que ratifier les conséquences des actes accomplis par les administrateurs. Cette ratification sera donnée sous la forme de consentement au maintien à la disposition de la Société des sommes déjà investies en fait.

Ce serait prendre un désir pour la réalité de croire que la Société attend la décision des associés pour utiliser les capitaux propres mis à sa disposition. Il y a, bel et bien, emploi anticipé des moyens de financement. Une saine gestion financière l'exige.

Sur le plan des principes, on peut certes regretter ces agissements qui ne laissent à l'assemblée générale, théoriquement seule maîtresse des destinées de la société, qu'un pouvoir de contrôle *a posteriori* et en fait peu efficace. L'autofinancement est cependant une impérieuse nécessité. Il doit être approuvé chaque fois que la bonne marche de l'entreprise l'exige. Ce serait apporter à la marche des affaires sociales des complications vaines, voire dangereuses que d'exiger l'intervention préalable de l'assemblée générale. Le droit de contrôle, même s'exerçant après coup,

existe. C'est une garantie suffisante pour les actionnaires, contre des agissements abusifs des administrateurs.

Il faut reconnaître, en effet, que la pratique donne dans l'immense majorité des cas de fort bons résultats. Il serait mauvais, sous prétexte de réprimer de rares abus, de condamner dans son principe la politique d'autofinancement telle qu'elle est appliquée. Et ce d'autant plus que les actionnaires ont finalement leur mot à dire, que leur consentement doit être obtenu.

CHAPITRE II

LA REPRÉSENTATION JURIDIQUE DES RÉSERVES

143. Le problème de la représentation juridique des réserves ne semble pas avoir été jamais soulevé. Ceci ne saurait d'ailleurs étonner outre mesure. Pour que la question puisse être posée, il est nécessaire de considérer qu'une série de créances correspond aux diverses réserves. Or, justement, la majorité de la doctrine se refuse à voir dans ces comptes une dette de la Société.

Mais dès lors que l'on admet que les réserves constituent une créance de passif interne, il faut savoir ce qui va constituer le titre de cette créance, comment elle pourra être prouvée, ou si l'on préfère par quoi elle sera représentée.

La représentation juridique existe pour toute créance de passif interne. Le cas le plus caractéristique est celui du capital social. Pour ce dernier il n'y a d'ailleurs guère de difficultés. Le texte même des statuts, les différents actes constitutifs ou modificatifs (traités d'apport, déclaration de souscription et de versement, procès-verbaux des assemblées constitutives ou à caractère constitutif) constituent à l'égard de la Société, le titre même de la créance interne collective. La délivrance des actions, en vue de la détention des titres par les porteurs, ou des certificats d'inscription nominative n'intervient qu'en second plan. Son rôle est double à ce moment. L'accès de l'assemblée générale appelée à prendre les décisions d'exigibilité du passif interne n'est possible que sur justification de la qualité d'actionnaire. Il ne s'agit alors que des rapports entre associés, l'existence du capital n'étant pas mise en doute. La déclaration d'exigibilité d'une créance quelconque de passif interne opère sa transformation en une créance de passif externe. Sans doute l'actionnaire devenu titulaire en tant que tel d'une créance sur la Société, devra-t-il justifier de sa qualité. Mais ici encore l'existence même de la dette « Capital » n'est pas en cause dans les rapports des associés et de la Société.

Pour les créances de passif interne autres que le capital, c'est-à-dire pour les réserves, le titre en est vis-à-vis de la Société, également les statuts et les procès-verbaux des assemblées générales ayant décidé le

maintien à la disposition de la personne morale. C'est en vertu des principes généraux du droit des sociétés que les actionnaires ont un droit de créance collectif sur toute augmentation de la situation nette. Pour la partie de cette créance qu'il est au pouvoir des associés de déclarer ou non exigible, c'est l'assemblée générale qui prend la décision correspondante. Le procès-verbal de l'assemblée est donc la preuve du maintien à disposition. Il est complété le cas échéant par les dispositions statutaires reconnaissant la compétence à l'assemblée générale.

Ces règles ne sont toutefois valables que pour les réserves constituées avec le consentement libre et éclairé des associés.

On peut à la limite les appliquer pourtant aux réserves légales et statutaires. La constitution n'est pas libre, mais imposée par la loi ou par les statuts. L'assemblée annuelle enregistre néanmoins chaque année les prélèvements opérés pour doter les comptes correspondants. Les décisions de l'assemblée sont donc susceptibles de prouver que la règle légale ou statutaire a bien été respectée.

Les réserves potentielles ne sont pas destinées à être normalement révélées. Lorsque cette révélation est possible, c'est encore à l'assemblée générale qu'il appartient de la décider. Les résolutions adoptées sur ce point constituent donc un titre. L'absence de possibilité de révélation n'est pas toutefois dirimante. Il ne s'agit alors que de réserves que les associés ne pourraient de toute manière déclarer exigibles. Lorsque la plus-value restée secrète apparaît (soit à l'occasion de la vente d'un bien, soit à la dissolution de la Société) la créance correspondante est révélée, et les associés peuvent l'appréhender.

Quant aux réserves occultes enfin, la preuve de leur existence est impossible aussi longtemps que l'inexactitude des comptes présentés par les administrateurs n'a pas été démontrée. Une fois cette inexactitude prouvée, si les associés décident le maintien des accroissements de situation nette, on retombe évidemment dans l'hypothèse normale des réserves constituées avec le consentement des associés.

Il est clair que la possibilité d'inscrire les réserves au bilan, ou le fait de leur non inscription est étroitement lié au problème de la représentation juridique.

144. Un certain nombre d'auteurs ont été surpris de voir les réserves inscrites au passif du bilan. Ce fait est cependant aisément compréhensible et au surplus entièrement justifié. Il suffit de se rappeler que le passif enregistre les moyens de financement d'une entreprise pour être persuadé du bien-fondé de cette pratique. Au surplus l'analyse des réserves comme une créance interne contre la Société prouve qu'il n'est pas erroné, d'y voir un passif, contrairement à ce que certains ont pensé.

L'un des rôles du bilan dans les Sociétés par actions est d'être un instrument d'ouverture de droits, en dehors du fait qu'il est un mode de reddition de compte.

Ce n'est que par l'intermédiaire du bilan qui leur est présenté que les actionnaires ont connaissance des variations intervenues dans la situation nette, au cours d'un exercice. Par suite c'est seulement en fonction de ce même bilan que les maintiens de capitaux propres sont décidés par les associés, en toute connaissance de cause.

Le bilan, résumé de l'inventaire du patrimoine social, est doublé par l'existence d'une comptabilité que doit tenir la Société. Sur les livres dont la tenue est rendue obligatoire par le législateur, les différentes opérations juridiques doivent être enregistrées, qu'elles concernent la vie de l'entreprise dans ses rapports avec les tiers, ou qu'elles aient trait à la vie sociale *stricto sensu*, c'est-à-dire aux relations de la Société avec les associés. C'est ainsi, en particulier que toutes les variations quantitatives ou qualitatives du passif interne doivent être mentionnées dans la comptabilité de la Société.

Si donc l'inventaire fait apparaître un excédent d'actif sur le passif, c'est-à-dire l'existence d'un bénéfice, la comptabilité doit également relater la créance de passif interne ainsi mise à jour. Les règles légales ou statutaires peuvent permettre la distribution de ces bénéfices, ou au contraire l'interdire partiellement. Pour la fraction dont la collectivité des associés peut déclarer ou non l'exigibilité, la décision de l'assemblée générale en fixe le sort. En tout état de cause, la comptabilité enregistre le sort réservé aux résultats : dotation de la réserve légale, ou statutaire, distribution aux ayants-droit, report à nouveau ou mise en réserve extraordinaire.

Il est ouvert sur les livres sociaux autant de comptes qu'il y a d'emplois faits des bénéfices. Ces comptes sont alors alimentés par virement du compte de pertes et profits.

Ainsi en application des statuts et des décisions des assemblées générales, trouve-t-on sur les livres de la Société une autre preuve de l'existence des réserves. On parle alors de *représentation comptable* des fonds de réserves. Cette représentation comptable est étroitement liée à la représentation juridique dont elle est la conséquence directe, mais, une fois née, elle possède une autonomie certaine et remarquable. A supposer, en effet, que pour une raison ou l'autre la décision des associés soit impossible à prouver, la seule inscription d'une partie des résultats à un compte de réserve vaudrait preuve de l'existence de la créance interne correspondante à l'égard de la Société. Il est bien connu que les livres de commerçants (et la forme de Société par actions suffit à donner cette qualité à la Société) font preuve contre ceux-ci. On peut donc affirmer que l'ouverture d'un compte enregistrant la constitution d'une réserve suffit à assurer la représentation juridique de cette réserve. *La représentation comptable équivaut à la représentation juridique.*

Ces règles ne sont évidemment pas valables pour les réserves n'apparaissant pas au bilan : réserves potentielles et réserves occultes.

Pour les premières, l'absence de représentation juridique n'est pas grave. De toute manière, le maintien à la disposition de la société, échappe à la volonté des associés. Même si une représentation juridique était concevable, elle serait dépourvue d'intérêt pratique¹.

Pour les secondes, les choses sont sensiblement différentes. Il s'agit d'augmentations de la situation nette qui auraient dû être mentionnées

1. Il en va différemment de la réserve légale malgré son caractère obligatoire. D'abord parce qu'elle peut et doit figurer au bilan. Ensuite parce que la non dotation du fonds légal est susceptible d'entraîner des sanctions. Son existence doit donc pouvoir être prouvée à tout moment.

dans le bilan et ne l'ont pas été. Les associés ignorent jusqu'à l'existence de la créance de passif interne dont ils sont en fait titulaires. Ils ne peuvent donc songer à la déclarer exigible. Par définition les réserves occultes ne peuvent faire l'objet d'une représentation juridique ou comptable. A vrai dire il n'y a rien qui puisse choquer. La Société ne peut se prévaloir à l'égard des actionnaires de l'absence de compte sur ses livres. Ceux-ci ne peuvent de toute manière faire preuve à l'égard de non commerçants. Ce qui est très normal puisqu'il y a une fraude à la base de la constitution de la réserve occulte. Le droit rejoint l'équité. Les actionnaires ne sont pas dépourvus de tout moyen d'action. Il leur suffira de prouver l'inexactitude des comptes qui leur ont été soumis, pour déclarer ensuite exigibles les réserves correspondantes.

145. Comme il a été dit, il est ouvert sur les livres sociaux autant de comptes particuliers qu'il y a de réserves distinctes. Le solde de chacun de ces comptes détermine le montant de la créance de passif interne dont les associés sont titulaires.

Dans la majorité des cas, ces comptes sont crédités par le débit du compte de pertes et profits. Ceci n'est vrai que pour les réserves constituées au moyen de prélèvements effectués sur les bénéfices d'exercice. D'autres modes de dotation sont, en effet, possibles. C'est ainsi que des procédés extraordinaires sont utilisés pour porter immédiatement la réserve légale à son maximum. Le compte de réserve légale est crédité par virement d'autres comptes de réserves, de celle de prime d'émission en particulier.

Les comptes de réserves peuvent être crédités directement pour enregistrer l'accroissement de la situation nette, lorsque cet accroissement ne provient pas des bénéfices d'exercice. Il en est ainsi, en premier lieu, des réserves correspondant aux primes d'émission et aux primes d'apport. Les biens nouveaux qui entrent dans le patrimoine social sont inscrits à l'actif, les moyens de financement correspondants sont portés directement au capital social, et à la réserve constituée par les primes d'émission ou d'apport pour le surplus. Il en va de même, en second lieu, pour la réserve spéciale de réévaluation. L'augmentation de situation nette résultant de la révision du bilan n'est pas portée au compte de résultats, mais directement au compte de réserve.

Rappelons que le plan comptable de 1957 range les réserves parmi les comptes de la classe 1, celle des capitaux permanents. A l'intérieur de cette classe le groupe 11 est affecté aux réserves. Le cadre comptable laisse une place relativement importante aux réserves d'origine fiscale, qui sont certainement les plus courantes en pratique, et qui présentent l'avantage de correspondre à des règles de constitution à peu près identiques d'une entreprise à l'autre ; il est par suite indispensable de parfaitement les identifier.

Les comptes de réserve seraient débités, a-t-on affirmé « des sommes dont la société a eu à faire un emploi conforme à leur affectation »¹. Il semble que soit visée l'hypothèse de rétention de bénéfices dans un but déterminé, de la constitution d'une réserve spéciale. Les fonds ainsi

1. AMIAUD, *op. cit.*, p. 83.

réservés devraient être diminués du montant de la réserve lors de l'achat des biens, en vue de l'acquisition desquels ces sommes avaient été retenues. Une telle interprétation ne peut cependant être admise, sous peine de contre sens. Elle opérerait une confusion inadmissible entre la représentation matérielle et la représentation juridique des réserves. Elle reviendrait à dire que l'emploi des fonds, c'est-à-dire la consolidation de leur maintien dans l'actif, entraîne leur disparition du passif, c'est-à-dire leur non-maintien dans l'entreprise...

Les problèmes de représentation matérielle et de représentation juridique et comptable sont indépendants, comme l'actif et le passif du bilan. Constituer une réserve, c'est maintenir des capitaux propres à la disposition de la Société. Ce maintien doit être constaté, représenté juridiquement et par la comptabilité. Mais la constitution n'a d'autre effet que d'augmenter le total d'actif dont dispose la Société. Si les associés exigent un emploi particulier des capitaux, la Société doit réaménager la composition de son actif, pour assurer une représentation matérielle conforme aux exigences des actionnaires. La représentation matérielle ne peut entraîner la disparition de la représentation comptable, et encore moins de la réserve elle-même. Les capitaux laissés à la disposition de la Société par la constitution d'une réserve, ne sont normalement pas destinés à demeurer à perpétuité dans cette réserve. Celle-ci est donc appelée à disparaître. C'est cette disparition qu'il convient d'étudier maintenant.

TITRE TROISIÈME

LA DISPARITION DES RÉSERVES

146. Les réserves ont pu être définies comme la partie du passif interne *excédant le capital social, et dont l'exigibilité est retardée* avec ou sans le consentement libre et éclairé des associés.

Cette définition contient en germe la possibilité pour ces comptes de disparaître.

Il est normal, en effet, que les réserves n'aient pas une existence indéfinie. Elles n'ont été constituées que pour répondre à certains motifs. Ceux-ci peuvent subsister d'une manière stable, ou au contraire se révéler temporaires et disparaître. Dans le premier cas, le caractère précaire du maintien des capitaux présente pour la Société de graves inconvénients. Le résultat obtenu par la rétention de bénéfices risque d'être remis en question. Il faut pour éviter les conséquences fâcheuses d'un retrait possible des capitaux propres, tenter de les fixer définitivement dans l'entreprise. Dans le second cas, le maintien des capitaux devient inutile. La réserve perd sa raison d'être.

En toute hypothèse, la constitution de réserves apparaît donc comme une solution essentiellement provisoire dans son principe.

Ne serait-ce le reproche amplement justifié d'un anthropomorphisme excessif, il serait possible de parler de la mort des réserves pour leur disparition, comme de naissance pour leur constitution. Ainsi serait du moins mis en valeur leur caractère temporaire¹.

147. La nature même des réserves implique non seulement l'éventualité de leur disparition, mais encore les modes suivant lesquels se réalisera cette disparition.

Par définition une réserve est une créance de passif interne dont l'exigibilité n'a pas été décidée par les associés. Ces derniers conservent dans un certain nombre de cas la faculté de revenir sur leur décision initiale, la rendre caduque pour l'avenir. Les actionnaires peuvent alors exiger de

1. Sur les ambiguïtés de la terminologie traditionnelle, cf., *supra*, n° 137.

la Société qu'elle répartisse entre les ayants-droit le montant de la créance interne correspondante.

En d'autres termes, les associés ont laissé des capitaux propres à la disposition de la Société. Il est logique qu'ils puissent à tout moment demander la restitution de ces capitaux. Ils useront en particulier de leur pouvoir lorsque les motifs ayant poussé à la constitution d'une réserve n'existeront plus. Le droit des actionnaires peut certes se voir apporter certaines limitations spécialement dans la mesure où les règles spéciales à certaines réserves, ou les principes généraux du droit des sociétés s'opposent parfois à la déclaration d'exigibilité.

Il n'en demeure pas moins que la reprise par les associés d'une partie des capitaux propres découle de la nature même des réserves. Cette reprise entraîne la disparition de la réserve correspondante, par la déclaration d'exigibilité. Or, cette déclaration d'exigibilité a pour résultat de faire disparaître une créance de passif interne, et donc de diminuer le total de ce passif interne.

Ainsi le premier mode de disparition des réserves est lié à la diminution du passif interne. La définition des réserves l'implique : « partie des capitaux propres, laissée à la disposition de la Société ». Que le maintien dans le patrimoine social cesse, la partie correspondante du passif interne disparaît.

A l'inverse, le maintien à la disposition de la Société sous forme de réserve peut paraître insuffisant à celle-ci. Ce sera le cas chaque fois que les motifs de constitution se révèlent durables. Si grâce à sa politique d'autofinancement, l'entreprise sociale a pu se développer de manière stable, il est indispensable que les capitaux propres qui ont rendu possible cette extension, soient fixés définitivement dans le patrimoine social. Il n'est plus question de diminuer le passif interne, mais de le laisser inchangé en quantité. On parvient au résultat souhaité, en changeant la répartition de ce passif entre les différents comptes le composant. Le procédé le plus sûr consiste à donner aux réserves le même statut que le capital.

Ce second mode de disparition des réserves est indépendant de toute diminution du passif interne. Ce procédé est lui aussi impliqué par la définition des réserves « partie des capitaux propres, excédant le capital social ». Le virement d'un compte de réserve à un autre entraîne la disparition du premier, sans diminution du passif interne. Il en va de même pour l'incorporation d'une réserve dans le capital.

148. La disparition des réserves, de quelque manière qu'elle survienne, a pour conséquence obligatoire de modifier la situation des ayants-droit éventuels.

Il importe donc de déterminer quels sont ces ayants-droit, quels sont les titulaires de la créance de passif interne constituée par les réserves. Ce problème de la vocation aux réserves ne se pose d'ailleurs véritablement qu'à l'occasion de leur disparition. Jusque là en effet, le pouvoir de décision intervient seul, et ce sont les actionnaires qui le détiennent à l'exclusion de tous autres participants à la vie sociale interne.

La décision de l'assemblée générale de supprimer une réserve fait au contraire surgir la personne des titulaires de la créance interne. Ceci est

évident s'il s'agit de répartir une réserve. Les titulaires de cette réserve vont par là même être investis d'un droit de créance externe contre la Société. Il est dès lors capital de savoir qui a ce droit de créance. Dans le cas d'incorporation de la réserve au capital, la détermination des ayants-droit n'est pas moins importante. Il se produit une transformation de la créance interne, mais cette transformation est en quelque sorte matérialisée par la création d'actions nouvelles. La propriété de ces actions concrétise la transformation de la créance. Elle est en elle-même un titre contre la Société. Encore faut-il connaître les personnes ayant vocation à recevoir ce titre.

Cette vocation aux réserves se manifeste donc à l'occasion de leur disparition. Il est hors de doute qu'elle soit intimement liée aux procédés de disparition. Avant même d'étudier ces procédés, il est nécessaire de tenter de déterminer les titulaires de la créance de passif interne.

149. Il y a donc lieu d'examiner successivement :

- la vocation aux réserves,
- la disparition des réserves liée à une diminution du passif interne,
- la disparition des réserves sans diminution du passif interne.

Ce sera l'objet de chacun des chapitres de ce titre.

CHAPITRE PREMIER

LA VOCATION AUX RÉSERVES

150. Lorsque la Société arrive à expiration, ou qu'elle est dissoute par anticipation pour une raison quelconque, l'ensemble de son actif est normalement réalisé. Avec les fonds provenant de cette réalisation les créanciers sociaux sont désintéressés. Le surplus, s'il en existe, revient aux associés, dont la créance se transforme en une créance ordinaire.

Les actionnaires commencent par récupérer le montant de leurs apports. Le solde, après paiement du capital social constitue le boni de liquidation.

L'ensemble des sommes à répartir entre les associés n'est pas autre chose que le total des capitaux propres de la Société. Le boni de liquidation correspond à l'excédent de ces capitaux propres sur le capital social. On doit donc admettre l'identité entre les réserves et le boni de liquidation. Celui-ci n'a été rendu possible que grâce au maintien dans le patrimoine social des augmentations de situation nette¹.

De cette analyse, certains auteurs ont cru pouvoir conclure que *la vocation aux réserves est fonction de la vocation au boni de liquidation*. Cette position ne manque d'ailleurs pas de logique. En effet, si les réserves ne sont pas déclarées exigibles avant la dissolution de la Société, ce sont les ayants-droit au boni de liquidation qui les appréhendent. Dès lors on voit mal pourquoi la disparition des réserves intervenant en cours de vie sociale pourrait se faire au profit d'autres personnes que les bénéficiaires du boni de liquidation.

Une opinion différente a pourtant pu être soutenue avec une vigueur toute aussi grande. *Ce qui détermine la vocation aux réserves*, ce n'est pas la vocation au boni de liquidation, mais bien *la vocation aux bénéfices d'exercice*. Les réserves, ce sont des bénéfices accumulés, des accroissements

1. Il convient de noter que le chiffre du boni de liquidation sera toujours très différent de celui des réserves. Ces dernières sont apparues, en effet, dans un bilan d'exploitation, alors que le boni ne ressort par définition, que d'un bilan de liquidation. Les plus-values potentielles intrinsèques viennent notamment grossir la masse des réserves figurant aux bilans de fin d'exercice.

de l'actif net social dont les ayants-droit ont été privés. Si la répartition de ces réserves est décidée, il serait injuste d'en faire bénéficier d'autres que ceux qui ont dû subir de gré ou de force, une diminution de dividende pour permettre leur constitution.

Ainsi apparaissent les deux termes de l'option possible pour la détermination des ayants-droit aux réserves : choisir les ayants-droit au bénéfice annuel, ou choisir les participants au boni de liquidation.

Il est à remarquer sans aller plus avant que ces deux positions sont fondées sur des perspectives fondamentales différentes. Dans un cas, la tentative pour résoudre le problème part de l'idée qu'importe seule la *constitution* des réserves, définies elles-mêmes de manière très restrictive. Dans l'autre cas, la question est vue sous le seul jour de la *disparition* des réserves, mais avec un postulat affirmant que le mode normal serait la disparition avec l'existence de la Société elle-même.

151. *A priori*, il pourrait sembler que le problème soit dépourvu d'intérêt. Les deux solutions concevables ne sont pas incompatibles, elles se rejoignent dans la majorité des hypothèses puisque les ayants-droit aux bénéfices sont les mêmes que les ayants-droit au boni de liquidation.

En fait même dans les plus petites sociétés un conflit latent a longtemps pu exister, qui opposait les actionnaires aux administrateurs. Ces derniers ont droit à des tantièmes, calculés en fonction des bénéfices distribués. Dans l'hypothèse de la distribution d'une réserve, les administrateurs pouvaient prétendre prélever leur tantième. Ce droit ne pouvait leur être refusé, si l'on considère que la vocation aux bénéfices est le critère de la vocation aux réserves. Le décret du 30 septembre 1953 ayant modifié l'article 11 de la loi du 4 mars 1943, a partiellement résolu le problème. Pour les réserves afférentes aux exercices clos après le 1^{er} octobre 1953, ce texte édicte en effet qu'il *peut* être tenu compte des sommes distribuées ou incorporées au capital et prélevées sur ces réserves. Cette faculté est, par contre interdite lorsque les réserves ont été constituées au cours d'exercice clos avant la même date.

Le problème reste entier, chaque fois qu'une Société a émis plusieurs catégories de titres. Tout spécialement lorsqu'il existe des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires, la détermination des ayants-droit est très délicate.

D'abord si les parts bénéficiaires, méritant pleinement leur dénomination ouvrent uniquement un droit sur les seuls bénéfices d'exercice, la détermination de la vocation aux réserves est capitale. Les porteurs de parts appréhendent en effet une partie des réserves si l'on admet que la vocation aux bénéfices est suffisante. Ils ne touchent rien si l'on déclare la vocation au boni de liquidation nécessaire.

Même lorsque les parts donnent un droit dans le boni de liquidation, le problème conserve très souvent de son intérêt. Il est assez rare, en effet, que le pourcentage accordé dans les bénéfices et dans le boni soit le même. En règle générale plus l'un est élevé, plus l'autre est faible. Les porteurs de parts sont donc tentés de soutenir que leurs droits doivent être calculés de la manière qui est la plus avantageuse pour eux, les actionnaires prenant le contrepied de cette position.

La même difficulté va se retrouver à propos d'autres créanciers internes.

Les propriétaires d'obligations « participantes » à qui un droit sur les bénéfices d'exercice a été reconnu voudront s'en prévaloir si une réserve vient à être distribuée.

Dans le cas enfin où il existe des actions de catégories différentes, ne donnant pas les mêmes droits dans les bénéfices d'exercice et dans le boni de liquidation, un litige peut également naître.

152. La vocation aux réserves est de plus un élément primordial, dont dépend la solution de problèmes de pur droit civil.

La propriété de l'action, bien que portant sur une chose incorporelle est susceptible de démembrement. L'hypothèse d'une dissociation de l'usufruit et de la nue-propriété est fréquente. Elle l'est d'autant plus que la composition des patrimoines particuliers a évolué dans le sens d'une augmentation constante des valeurs mobilières par rapport aux immeubles.

Aussi, à l'ouverture d'une succession voit-on très souvent les droits du conjoint survivant s'exercer sur des actions. Ce phénomène est d'autant plus courant que l'idée de famille tend à se resserrer, en incluant le conjoint. Il n'est pas rare en effet de voir des libéralités en usufruit excédant largement la quotité disponible, dont les enfants ne demandent pas pour autant la réduction.

Le jeu des régimes matrimoniaux laisse une place plus importante encore à notre question. Dans la mesure où les époux adoptent le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts et sont propriétaires d'actions à titre de biens propres, le droit d'usufruit de la communauté a une importance très grande. La liquidation des reprises et récompenses n'est possible qu'autant que le problème de la vocation aux réserves est résolu.

Si les sommes provenant de la disparition des réserves reviennent aux ayants-droit aux bénéfices, ce sont l'usufruitier ou la communauté qui doivent en être déclarés bénéficiaires.

Au contraire si la vocation aux réserves est fonction du droit au boni de liquidation, le nu-propriétaire ou l'époux titulaire de l'action ont seuls un droit sur les réserves. Le boni de liquidation doit être considéré comme un capital et non comme un fruit. La disparition d'une réserve, au cours de la vie sociale, ne doit rien changer à cette règle ; les fonds provenant d'une réserve sont des produits et non des fruits.

A la vérité, le problème est, on le voit, sensiblement déplacé. La nature juridique des réserves, reléguée au second plan dans les rapports entre créanciers internes, tend à réapparaître pour jouer un rôle plus considérable dans les rapports entre titulaires d'un même titre, dont la propriété est démembrée.

En définitive, il existe des liens très étroits entre la vocation aux réserves et la nature juridique de ces comptes. Si l'on y voit une accumulation de fruits gardant leur nature de fruits, il est difficile de ne pas décider que les ayants droit à la réserve sont les mêmes que ceux se partageant les bénéfices d'exercice. Si l'on considère, au contraire, que l'accumulation des fruits a eu pour résultat de les capitaliser, il faut alors décider que les ayants droit au boni de liquidation ont seuls vocations aux réserves.

Or, ainsi qu'il a été dit¹, il n'est pas possible de donner *a priori* une réponse sur la nature des réserves, celle-ci étant trop largement fonction de leur disparition.

Aussi importe-t-il avant d'apporter une réponse à la question de la vocation aux réserves, et à celle voisine du caractère juridique des réserves, de dégager les données générales du problème, en analysant les diverses solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence.

§ 1. — Données du problème

A. — Arguments en faveur de la vocation des ayants-droit au bénéfice.

153. Pour les tenants de la théorie du droit absolu au dividende, la logique conduirait à voir dans les réserves, lorsqu'il peut en être constitué, des bénéfices accumulés, conservant leur nature de fruits. Cette thèse peut d'ailleurs être soutenue même par des adversaires du droit absolu au dividende.

Le principe demeure en effet que les accroissements de situation nette sont une créance de passif interne que les associés peuvent déclarer exigible à tout moment. La règle serait même, à en croire une décision récente, que la répartition doit se faire à la fin de chaque exercice. Il n'y a alors aucune difficulté : il s'agit de bénéfices qui sont à partager entre les ayants-droit correspondants.

Il peut se faire que l'intérêt individuel des actionnaires soit en opposition avec l'intérêt collectif, que l'intérêt des associés se heurte à celui de l'entreprise. La supériorité du second sur le premier est consacrée par le pouvoir de l'assemblée générale. Celle-ci peut donc ne pas exiger la répartition des bénéfices. Cette précellence de la collectivité sur les individus ne doit pas aller jusqu'à opérer une transformation de ce qui n'est et ne peut être qu'un bénéfice, en un capital.

Une objection à première vue considérable, apparaît aussitôt. Dans cette perspective, il devrait y avoir identité entre les ayants-droit au bénéfice, et ceux venant au partage du boni de liquidation puisque le boni de liquidation a son origine dans l'accumulation des bénéfices. L'expérience prouve surabondamment qu'une telle identité n'existe pas.

A cela il est possible de répondre qu'un boni de liquidation est concevable en l'absence de toute réserve, constituée avec le libre consentement des associés. Certains accroissements de la situation nette sont insusceptibles de donner naissance à une créance interne pouvant être distribuée en cours de vie sociale. C'est en particulier le cas des plus-values nominales et intrinsèques, ayant créé les réserves potentielles. Ces dernières ne sont pas, en effet, à l'image des autres réserves provenant des bénéfices accumulés. Sans doute ces plus-values ne sont-elles pas apparues instantanément, mais il serait exagéré d'y voir accumulation de fruits, alors que les ayants-droit éventuels n'ont jamais pu espérer leur répartition pendant l'existence de la Société. Il serait arbitraire de dissocier à l'intérieur de ce

1. Cf., *supra*, n° 64.

qui n'est qu'un capital, une fraction qui aurait seule ce caractère, et une autre fraction qui correspondrait à des fruits.

Dans l'hypothèse envisagée, le boni de liquidation trouve sa source essentielle, dans les réserves potentielles. Celles-ci ne sont et ne peuvent être des fruits accumulés. Il n'est donc pas choquant de constater des différences entre les ayants droit aux bénéfices d'une part, et au boni de liquidation, d'autre part.

154. La conséquence de cette analyse des réserves est de reconnaître la vocation des ayants droit au bénéfice. Puisque les réserves sont des fruits on doit décider que les ayants droit aux fruits ont seuls qualité pour les appréhender.

Il faut remarquer immédiatement que cette vocation des ayants-droit au bénéfice n'existe pas pour toutes les réserves. Spécialement, les réserves potentielles n'ont pas les mêmes titulaires que les autres réserves. La raison en est d'ailleurs, que la qualification de réserves est refusée à ces accroissements de la situation nette. La désignation des participants au bénéfice repose en définitive, sur une définition des réserves comme des bénéfices accumulés. La trop grande restriction de cette conception détourne d'en adopter les conséquences proposées.

Il convient également de noter certaines difficultés auxquelles la logique du système devrait conduire. L'attribution des réserves est faite aux ayants droit au bénéfice autant parce que ceux-ci ont été privés de fruits qu'ils pouvaient espérer recevoir, que parce que ces réserves sont des fruits. La question se pose alors de savoir si les ayants-droit sont ceux qui se présentent à la disparition de la réserve, ou au contraire ceux qui avaient vocation aux bénéfices non distribués. L'une ou l'autre solution pourrait être adoptée indifféremment. Le choix des participants au bénéfice à l'époque de la constitution de la réserve semblerait peut être mieux correspondre à l'idée directrice du système. Il conviendrait alors de distinguer dans le cours de l'action, la partie correspondant au capital, sur laquelle le nu-propriétaire aurait seul un droit, et le surplus correspondant aux réserves, sur laquelle l'usufruitier pourrait prétendre avoir un droit, dans la mesure où il se serait produit une hausse des cours en Bourse, et parce que cette hausse reflèterait la constitution de réserves. On voit qu'une telle solution est pratiquement inconvenable. La jurisprudence s'est d'ailleurs fixée très tôt contre cette interprétation, en décidant que « l'usufruitier d'actions d'une société n'a aucun droit à la part de bénéfices non distribuée pendant la durée de son usufruit, et qui a servi à constituer un fonds de réserve, bien que ces retenues n'aient pas reçu dans les statuts un emploi déterminé »¹.

Ce même arrêt fournit d'ailleurs une argumentation expresse en faveur de l'opinion affirmant la vocation des ayants-droit au boni de liquidation.

1. Bordeaux, 5 juill. 1870, D., 1871.2.174.

B. — Arguments en faveur de la vocation des ayants-droit au boni de liquidation.

155. La Cour de Bordeaux relève dans sa décision que : « cette part de bénéfices, qui n'est pas distribuée aux actionnaires, accroît au capital social, avec lequel elle se confond — qu'elle constitue par cela même un véritable capital, ayant la même destination que le capital primitif, et qui ne se répartit entre les associés qu'en même temps que l'actif social, après la liquidation de la Société »¹.

C'est là l'essentiel de l'argument traditionnellement invoqué pour faire valoir le caractère de capital des réserves. Sans doute les bénéfices sont-ils normalement des fruits, encore faut-il qu'ils soient effectivement détachés de la masse de biens qui les a produits pour qu'ils acquièrent ce caractère. Au contraire leur maintien dans l'actif social a pour conséquence obligatoire de les capitaliser. Il se produit un phénomène d'alluvion qui grossit le patrimoine social. L'ensemble constitue un capital.

L'explication apparaît moins heureuse lorsqu'elle admet l'assimilation des bénéfices au capital, ce mot n'étant pas entendu comme l'antonyme de fruits, mais dans son acception particulière du droit des sociétés. A l'origine les deux avaient certainement un sens très voisin. L'extraordinaire développement des Sociétés par actions les a aujourd'hui trop nettement différenciés pour qu'il soit admissible de les identifier.

A la vérité la justification du caractère de capital des réserves par le mécanisme de la capitalisation ne paraît plus convaincante depuis assez longtemps. Sa simplicité est tentante. Elle ne donne de la réalité qu'une image déformée.

La notion juridique de bénéfices repose sur le principe de fixité du capital social. Ce principe n'est lui-même qu'une fiction, commode certes, voire indispensable², mais n'est qu'une règle purement arbitraire. Ce capital est soumis à la règle générale de variation de valeur ; ce phénomène est particulièrement visible dans les entreprises individuelles pour lesquelles le capital se confond avec la situation nette. Les bénéfices sont déterminés de manière tout à fait conventionnelle. Leur caractère de fruits est largement contestable. Il suffit de se rappeler au demeurant, que la détermination en vue de sa répartition éventuelle, du profit d'exercice est elle-même conventionnelle. Dans la mesure où l'on considère que le résultat de la Société n'est normalement connu qu'à son terme, — et c'est bien l'idée première de l'opération, — il n'est pas possible de dire que le bénéfice réalisé correspond à des fruits. C'est au grand maximum un produit, donc une fraction de capital.

Peu importe dès lors que la volonté humaine puisse attribuer dans certains cas la nature de fruit à une partie de ce produit. Les réserves ne peuvent être considérées comme une accumulation de fruits, puisque les valeurs correspondantes n'ont jamais pu prétendre au caractère de fruits.

1. *Ibid.*

2. Encore qu'il soit permis d'en douter, puisque certains droits étrangers, dans les pays anglo-saxons en particulier, l'ignorent.

Les deux notions de réserves et de fruits paraissent même incompatibles puisque la notion de fruits ne trouve d'existence que dans une distribution effective¹.

Cette argumentation est sans aucun doute très solide et donne une vue exacte du problème. Elle encourt pourtant un reproche : elle rattache elle aussi les réserves aux bénéfices accumulés. Il est cependant des réserves qui ne correspondent pas à une rétention de bénéfices. Toute augmentation de la situation nette au-delà du capital n'est pas en effet automatiquement considérée comme un profit ; il suffit de songer aux primes d'émission, ou à la réserve de réévaluation².

156. La disparition des réserves ne consiste pas, dans cette perspective, en un remboursement aux différents intéressés des sommes dont ils ont consenti l'abandon à la Société, mais en un partage anticipé de valeurs faisant partie du patrimoine social.

Ceux qui sont appelés à participer à la répartition ne sont donc pas les intéressés aux bénéfices, mais les ayants-droit au boni de liquidation, conformément aux dispositions statutaires³.

Il s'ensuit que le nu-propriétaire ou le patrimoine propre d'un époux a seul droit à la propriété des sommes distribuées, sauf à l'usufruitier ou à la communauté à en obtenir la jouissance. Il s'ensuit également que le droit des porteurs de parts de fondateur est subordonné à l'existence en leur faveur d'une vocation au boni de liquidation.

La question est beaucoup plus délicate lorsque les réserves au lieu de disparaître par distribution, sont incorporées au capital social. La nature des réserves joue alors un rôle de second plan. L'analyse de l'opération en un partage anticipé n'est plus valable, puisque la situation nette demeure inchangée. Ce qui est modifié, c'est la composition du passif interne. La transformation subie par certains postes de ce passif entraîne d'autres conséquences qui viennent troubler le jeu des principes appliqués jusqu'alors, pour justifier la solution proposée. Il n'en reste pas moins que selon l'opinion la plus généralement admise, on reconnaît aux titulaires du droit à l'actif social, une vocation normale aux actions ainsi créées en représentation des réserves disparues.

Les principaux arguments à l'appui de chacune des deux options possibles étant ainsi esquissés dans leurs grands traits, il est maintenant possible de prendre position sur le problème évoqué.

§ 2. — *Solution du problème*

157. L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications juridiques est aujourd'hui bien connue. Une étude récente s'est attachée à en mettre en relief les principales caractéristiques et les applications

1. AMIAUD, *op. cit.*, n° 179, p. 323.

2. Il est remarquable de constater les divergences qui se sont faites jour à propos de ces réserves. L'absence de similitude avec les autres réserves a empêché de leur appliquer des règles générales, et les solutions sont données après des explications plus ou moins embarrassées.

3. AMIAUD, *op. cit.*, n° 216, p. 382. — *Contra* GAULTIER, *Droits des porteurs de parts de fondateur sur les bénéfices sociaux*, th. Paris, 1939, p. 200 et s.

essentielles¹. Elle reprend d'ailleurs en grande partie sur la question précise qui nous occupe, une analyse beaucoup plus ancienne².

Partout où l'homme aménage des ressources de manière à percevoir un revenu, il donne le caractère de fruits aux émoluments périodiques qu'il se procure. La volonté humaine peut jouer en sens inverse, par la capitalisation qui fait disparaître le caractère de fruits. Encore faut-il pour qu'il puisse y avoir capitalisation, qu'il s'agisse bien d'accumuler des fruits. Or le bénéfice industriel ou commercial consiste dans la différence entre deux capitaux. Cette différence ne peut être qu'une portion de capital et non un fruit. La preuve en est que l'opération commerciale peut se solder par une perte. On n'imagine pas une chose frugifère qui puisse perdre de sa valeur par suite de la production des fruits. Au maximum elle peut être stérile, jamais elle ne perd de sa substance en remplissant sa fonction³.

La volonté de l'homme peut créer un état de choses capable de produire des revenus périodiques comparables à des fruits. Il est inexact de prétendre que la combinaison imaginée soit apte à produire à l'avenir de véritables fruits indépendamment de la volonté de son auteur. Les sommes distribuées par une société ne constituent des fruits que parce que la Société les distribue et en tant que la Société les distribue⁴.

En sorte que selon un auteur, les réserves sont des capitaux directement constitués par l'aménagement même des Sociétés. Ils sont tels « en raison d'une volonté supérieure qui se confond avec le but poursuivi par l'entreprise »⁵. A vrai dire la généralité de cette explication présente l'avantage de s'appliquer à toutes les réserves, telles que nous les entendons. Pour celles qui ne proviennent pas de bénéfices d'exercice accumulés, il est impossible de prétendre qu'il y a eu capitalisation de fruits.

Au surplus, depuis l'arrêt de la Chambre des requêtes du 14 mars 1877⁶ même pour les réserves provenant de la rétention de bénéfices la nature du capital de ces comptes est incontestée en jurisprudence. Il importe peu de savoir si la Cour suprême a considéré qu'il y avait en ce cas capitalisation, ou si le caractère de capital est originaire, ce qui ne ressort pas clairement de l'arrêt.

Le rôle de la volonté sociale est identique, que l'on donne aux réserves la nature de capital à titre originaire, ou secondaire. C'est en définitive la volonté exprimée par l'assemblée générale qui fait des fruits ou des produits. *A priori il est impossible de donner une solution unique.*

158. Les réserves sont des créances de passif interne. Comme telles l'une de leurs caractéristiques est d'être collective; c'est-à-dire qu'il dépend de la volonté de la majorité des actionnaires de les rendre exigibles, ou de faire disparaître cette possibilité de mise en répartition.

1. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1957.

2. J.E. LABBE, note sous cass. req., 14 mars 1877; S., 1878.1.5.

3. On peut certes arguer de l'exemple de l'exploitation des carrières en sens contraire. Mais à ce moment, il est hors de question que la chose puisse s'accroître. C'est seulement la volonté humaine qui donne le caractère de fruits.

4. AMIAUD, *op. cit.*, n° 178, p. 319.

5. CROIZAT, *op. cit.*, p. 137.

6. précité, note 2.

Normalement une créance de somme d'argent est de capital. Elle peut cependant l'être tout aussi bien de fruits. Pour s'en persuader, il n'est besoin que de songer à la situation de prêteur à moyen ou long terme, en ce qui concerne les intérêts courant pendant le prêt. La volonté individuelle peut certes alors intervenir pour transformer les intérêts en capital. Il reste qu'au départ le caractère de chaque créance est fixé.

Dans leurs rapports avec la personne morale les associés sont titulaires d'une créance qui est normalement de capital. L'aménagement imaginé par la volonté humaine rend le capital initial susceptible de produire des revenus. Une véritable coutume s'est créée qui a fait qu'une partie des accroissements de situation nette, appelée bénéfices, est normalement destinée à être distribuée. Le dividende ainsi mis en répartition ressemble tellement à un fruit que l'on a été conduit rapidement à lui reconnaître ce caractère. Il ne viendrait plus à l'esprit de personne de prétendre qu'il s'agit là d'un capital. La volonté des associés est alors acquise, en fait, dès l'entrée dans la Société. Elle est ensuite impuissante à changer le caractère du bénéfice distribué.

Pour les réserves, il en va fort différemment. Le caractère de capital est au contraire sous-jacent. C'est toujours à la collectivité des associés, pris ès-qualité de créanciers internes qu'il appartient d'en décider le maintien ou la transformation. Mais la volonté de cette collectivité, outre qu'elle intervient pour décider du sort des réserves, joue un rôle dans la qualification de capital ou de fruit des sommes correspondantes.

Une telle affirmation semble encourir un grave reproche, il faudrait se livrer dans chaque cas particulier à une recherche d'intention bien délicate. Analyser la volonté d'une collectivité, est une opération difficile.

Pourtant la volonté de l'ensemble des actionnaires paraît devoir être prise en considération et les difficultés ne semblent pas insurmontables. Lorsqu'il s'agit de distribuer le dividende, il y a une règle coutumière qui fait que l'on y voit un fruit. Lorsqu'il s'agira de la disparition des réserves, l'analyse de chaque opération pourra fournir des indications précises. La nature même de certains procédés sera exclusif du caractère de fruit ou de capital de la créance qui naîtra, ou qui se substituera à l'ancienne. Lorsqu'exceptionnellement un doute sera possible, le but réel de l'opération permettra de le trancher.

159. Avant la décision entraînant disparition d'une réserve, il y a une vocation éventuelle conjointe des divers ayants-droit au bénéfice et au boni de liquidation. Aucune part précise ne peut être assignée à chacun d'eux. On doit considérer cette pluralité d'intéressés comme normale pendant l'existence de la réserve. Une catégorie de bénéficiaires exclura l'autre quand la disparition interviendra effectivement. Jusque là il faut reconnaître une vocation potentielle à tous les participants.

Cette pluralité de titulaires ne doit pas surprendre. La créance interne est collective du côté actif, mais le débiteur est unique ; c'est la Société. Pour la personne morale en effet, l'individualisation des créanciers importe peu tant que la dette n'est pas exigible. L'entreprise dispose de capitaux propres, mais elle sait que cette disposition est en majeure partie essentiellement précaire. Ce qui compte est de savoir à qui appartient le pouvoir de déclarer l'exigibilité ou la transformation de la créance. Or ce pouvoir est détenu par les actionnaires délibérant en assemblée générale. L'indé-

termination présente des bénéficiaires définitifs ne soulève aucune difficulté pour la Société.

L'indétermination des divers intéressés ne présente pas davantage d'inconvénients dans leurs rapports mutuels. Il en aurait été autrement si l'accord de ces bénéficiaires éventuels avait dû être obtenu quant au mode de la disparition des réserves. Telle n'est pas la solution de notre droit positif. On ne saurait s'en étonner. L'accord serait trop difficile à réaliser entre plusieurs groupes ayant des droits concurrents, et dont chacun prétendrait faire prévaloir les siens. Une seule catégorie d'ayants-droit, les actionnaires, a reçu le pouvoir de décision, mais il ne peut l'exercer arbitrairement. Les règles de l'abus de droit sont là pour éviter les fraudes.

160. Par contre, lorsque l'assemblée générale des actionnaires, a décidé la disparition d'une réserve, il est indispensable de connaître les ayants-droit.

Dans l'hypothèse, par exemple, où une réserve est distribuée, la créance collective interne se fractionne en une série de créances externes et individuelles. Pour se libérer valablement la Société doit effectuer les paiements entre les mains des véritables ayants-droit. S'il existe des parts de fondateur, leurs porteurs peuvent avoir un droit ou au contraire n'en posséder aucun. La part revenant globalement aux actionnaires s'en trouvera affectée ou non¹.

Dans l'hypothèse, fort différente, où la réserve est incorporée au capital social, la créance collective interne garde ce caractère, mais change néanmoins de nature en devenant une créance de capital social. Comme telle elle est concrétisée par la remise de titres matérialisant l'ensemble des droits attachés à la qualité d'actionnaire.

La Société qui se trouve ainsi obligée d'émettre de nouvelles actions, doit savoir à quelle catégorie d'ayants-droit éventuels elle devra les remettre.

Or, comme il a été dit plus haut, il n'est pas possible de donner *a priori* une solution générale et unique. Il n'est pas possible de décider que telle ou telle catégorie d'ayants-droit a un droit exclusif ou inconditionnel, aussi bien à la créance externe née du fractionnement de la créance interne préexistante, qu'à une portion de la nouvelle créance transformée lors de la disparition.

C'est à propos de chaque mode de disparition qu'il y a lieu d'examiner si le procédé employé a une conséquence automatique quant à la détermination des ayants-droit à la réserve correspondante, ou si au contraire ce procédé n'étant pas en lui même exclusif d'un certain rôle de la volonté sociale, celle-ci peut servir à résoudre le problème de la vocation aux réserves.

Il convient donc maintenant d'envisager les différentes modalités de disparition des réserves.

1. Il faut d'ailleurs noter, qu'en pratique, la résolution décidant la répartition préciserait les modalités pratiques du paiement. Spécialement un coupon sera affecté à la représentation du droit de chaque action, ou de chaque part, en précisant la somme revenant à chaque titre. En sorte qu'au cas où les porteurs de parts prétendraient avoir un droit, et que les actionnaires n'en aient pas tenu compte, c'est la validité de la délibération de l'Assemblée générale qui sera contestée.

CHAPITRE II

LA DISPARITION DES RÉSERVES LIÉE A UNE DIMINUTION DU PASSIF INTERNE

161. La disparition des réserves peut être liée à une diminution du passif interne de différentes manières.

Celle qui vient immédiatement à l'esprit est la *distribution*. Les associés ont, par la constitution d'une réserve, laissé des capitaux propres à la disposition de la Société. Si la raison, ou même simplement l'opportunité de ce maintien ne se fait plus sentir, les associés peuvent en déclarer l'exigibilité. Par cette décision, les ayants-droit récupèrent en quelque sorte leurs capitaux. Ce mode de disparition des réserves n'est sans doute pas le plus fréquent. Il n'en soulève pas moins de nombreux problèmes.

Un second mode de disparition des réserves consiste à *compenser les pertes* que la Société a pu subir. La situation nette peut, en effet, se trouver diminuée d'un exercice sur l'autre. Les capitaux propres dont le maintien à la disposition de la Société a été autorisé sont en excédent sur la situation nette réelle. Le passif interne se trouve alors être supérieur à cette situation nette. Les associés peuvent adapter le chiffre du passif interne à la nouvelle valeur de l'actif social. Les réserves sont amputées du montant des pertes, et ce pour contrôler officiellement la diminution de valeur du passif interne. Cette imputation des pertes sur les réserves peut présenter de nombreux avantages pour les associés, notamment en ce qu'elle permet de reprendre les distributions de dividende.

Enfin les actionnaires peuvent juger utile de *racheter certains titres* émis par la Société. Dans la majorité des cas un tel rachat n'est possible qu'autant que la Société possède des réserves. Le plus souvent ce rachat s'effectue en vue de la destruction des titres rachetés¹. En sorte que les capitaux propres sortent du patrimoine social, sans qu'aucun bien ne vienne s'y substituer à l'actif. Le rachat des parts de fondateur ou d'autres

1. Une éventualité contraire étant également possible ; mais il ne s'agit plus alors d'un problème concernant la disparition des réserves, mais plutôt leur représentation.

titres est la dernière modalité de disparition des réserves liées à une diminution du passif interne, qu'il convient d'étudier.

Chacun des paragraphes du présent chapitre sera consacré successivement à :

- la distribution des réserves,
- la compensation des pertes,
- le rachat des parts de fondateur ou d'autres titres de la Société.

§ 1. — *La distribution des réserves*

162. La distribution des réserves est très généralement considérée comme leur répartition aux ayants-droit au cours de la vie sociale, la Société étant propriétaire de ses réserves serait toujours en droit, sauf de rares exceptions, et sauf aussi à observer certaines formalités, d'en effectuer le partage anticipé¹.

Ce droit de libre disposition est un corollaire de l'absence d'engagement de la part de la Société, vis-à-vis des créanciers sociaux, d'assurer la permanence des réserves dans le patrimoine de l'entreprise. Par là-même, la distribution des réserves se distingue très nettement de la liquidation partielle du patrimoine social à la suite d'une réduction du capital. A ce dernier correspond bien une créance de passif interne, mais cette créance est assortie de modalités telles, que son exigibilité ne peut intervenir dans des conditions comparables à celle des réserves. A la vérité, cette distinction va de soi, incluse qu'elle est dans la définition des réserves.

La distribution des réserves peut se définir fort simplement, comme étant *l'opération résultant de la décision rendant exigible* tout ou partie des réserves.

La décision des actionnaires déclarant exigible la créance interne comporte nécessairement la liquidation de la créance et la fixation de l'échéance, encore que sur ce point elle puisse laisser une certaine liberté à la Société. Cette même décision a de plus comme conséquence de transformer la créance jusqu'alors collective, en une série de créances individuelles et externes.

Dans la majorité des cas les créances ainsi nées seront de sommes d'argent. Rien n'interdit pourtant aux associés d'accepter une dation en paiement d'autres bien sociaux, en particulier des titres que la Société peut détenir en portefeuille.

163. En pratique la distribution des réserves est très rare. Il n'y a d'ailleurs rien qui doive surprendre. L'autofinancement est actuellement extrêmement développé. La majorité des entreprises florissantes lui doivent leur extension. La tendance est à une rétention des profits aussi grande que possible.

Le maximum que puissent faire certaines Sociétés est de distribuer les bénéfices au fur et à mesure de leur réalisation. De là à faire machine arrière, et à rendre aux associés les augmentations de l'actif net qui ont

1. AMIAUD, *op. cit.*, n° 216, p. 382.

été conservées, il y a une marge qui n'est pas près d'être franchie. Ceci se comprend d'ailleurs parfaitement si l'on songe que les capitaux correspondants sont investis dans la marche de l'affaire et ne peuvent être retirés sans compromettre la vie même de l'entreprise.

Une distribution de réserves n'est pas à proprement dire absolument impensable. Il faut que des conditions très particulières soient remplies pour qu'elle ait lieu. La principale de ces conditions est justement que la vie de l'entreprise ne soit pas perturbée. Ce sera vrai, par exemple, lorsque la Société s'est constitué un portefeuille important, sans qu'il s'agisse pour autant de participations indispensables à la poursuite de l'objet social. Sa distribution partielle ou même totale aux associés pourra se faire sans trop de difficultés.

Non seulement la distribution des réserves n'est pas absolument inconcevable, mais elle est parfois de la nature même de ces comptes. Toutes les réserves ne sont pas, en effet, constituées dans un dessein d'autofinancement. Certaines augmentations de l'actif net sont laissées à la disposition de la Société, en vue de leur distribution ultérieure aux associés. Il en va ainsi du report à nouveau, et des réserves pour péréquation des dividendes. Les actionnaires ont entendu alors opérer un simple transfert de revenus dans le temps, d'une manière assez limitée. La Société a dû en tenir compte et ne pas employer les capitaux correspondants de telle manière que leur retrait par les associés puisse avoir des conséquences fâcheuses sur la bonne marche des affaires sociales.

A. — Réserves distribuables.

164. A supposer que les associés désirent reprendre l'intégralité des capitaux propres excédant le capital social, et que cela n'entraîne aucune conséquence grave pour la Société, peuvent-ils le faire légitimement ? En d'autres termes, il convient de déterminer si toutes les réserves sont distribuables.

A priori, il pourrait sembler que rien se s'oppose à cette distribution. Le seul engagement pris par les actionnaires est de maintenir dans le patrimoine social suffisamment de biens pour couvrir le capital.

En fait, les choses sont moins simples. Certaines augmentations du passif interne sont restées dans le fonds social en l'absence de consentement libre et éclairé des associés. Dès lors, il est permis de se demander si ces derniers gardent le pouvoir de déclarer l'exigibilité des réserves correspondantes.

C'est le cas, en premier lieu pour la *réserve légale*. L'accord est réalisé depuis fort longtemps sur le fait que la réserve légale ne peut être répartie entre les actionnaires à titre de dividendes en cas d'absence ou d'insuffisance de produits bénéficiaires¹. La justification de cette solution varie d'ailleurs sensiblement selon les auteurs. Certains considèrent que la réserve légale est une annexe du compte de capital, doit obéir au même principe de fixité, et se trouve par suite frappée de la même indisponibilité

1. Cf., AMIAUD, *op. cit.*, n° 196, p. 345 et les autorités citées à la note ; MOREAU, *op. cit.*, t. I, n° 318.

absolue. D'autres invoquent la *ratio legis* de défense des créanciers sociaux pour aboutir à la même conclusion. Au vrai, il semble bien que ces explications soient de peu d'importance. Le législateur impose la constitution de ce fonds de réserve légal. Accorder aux actionnaires le pouvoir de le distribuer ensuite, ce serait tout simplement permettre de laisser les dispositions de l'article 36, lettre morte. Il ne semble pas que l'on se soit jamais avisé de procéder à une telle distribution. Il n'en est en tous cas aucune hypothèse qui soit apparue en jurisprudence, à notre connaissance du moins ; il faut en voir la raison dans la multiplication des autres réserves, atteignant souvent des chiffres beaucoup plus importants.

La distribution des *réserves potentielles* ne peut davantage être admise. Ici encore la raison est évidente. Ces réserves ont leur origine dans des plus-values d'actif non encore réalisées. Admettre leur répartition équivaldrait à tolérer la distribution d'un dividende fictif, puisque correspondant à un bénéfice simplement éventuel, et en tout cas non encore définitivement acquis.

Une solution différente doit être donnée pour la distribution des *réserves occultes*. Nous n'envisageons pour l'instant que l'hypothèse où l'exigibilité serait déclarée en toute connaissance de cause, et non d'une manière déguisée, ce qui est un autre problème¹. La décision des associés de répartir de telles réserves suppose évidemment qu'ils aient eu connaissance de leur constitution. Si la décision de distribution suit immédiatement la révélation, on voit mal quelles raisons militeraient pour l'interdire. Le consentement des associés a été surpris par dol ; lorsque celui-ci cesse, les actionnaires se retrouvent dans la situation où ils auraient dû normalement être à la constitution de la réserve, il faut décider qu'ils sont libres d'appréhender le montant de la créance correspondante, sauf éventuellement à opérer les prélèvements en faveur de la réserve légale. Si les associés n'ont pas demandé le paiement de leur créance dès qu'ils ont eu connaissance de la tromperie, il faut admettre qu'ils ont confirmé la constitution de la réserve. Celle-ci est alors assimilable pour notre question à un fonds constitué avec le consentement des associés, qui peuvent dès lors le rendre exigible lorsqu'ils le veulent, — à la condition toutefois de le rendre également liquide, c'est-à-dire de rectifier le bilan et les comptes sociaux, y compris la réserve légale le cas échéant.

165. « Peut-on payer des dividendes sur la réserve de réévaluation ? » C'est là une question à laquelle il n'est pas aisé de répondre, et qui préoccupe pourtant beaucoup de dirigeants de Sociétés, au point que ce problème a trouvé écho dans la grande presse économique française².

Le problème de la licéité de la distribution de la réserve de réévaluation est posé depuis quinze ans, sans qu'aucune solution décisive ne lui ait été donnée. Pendant longtemps le débat est resté assez largement théorique, mais une certaine récession économique et des considérations fiscales lui ont redonné son actualité.

L'Ordonnance du 15 août 1945 ayant prévu les conséquences fiscales

1. Cf., *infra*, n° 167.

2. Cf., *La Vie Française*, n° des 20 mars 1959 et 7 août 1959.

d'une telle distribution, il était logique d'en conclure à la légitimité de l'opération. Un doute était néanmoins possible. Le Directeur Général de l'Administration des Contributions Directes, consulté par l'A.N.S.A. fit connaître son opinion. Sa réponse disait, en substance, que les dispositions de l'article 71 de l'Ordonnance de 1945, puis l'article 19 du décret du 28 février 1946, ne se sont pas prononcées expressément sur la validité de l'opération et « n'ont pu, en particulier, avoir pour conséquence d'apporter une dérogation aux règles du droit commercial relatives à la sincérité des bilans et à l'interdiction de distribuer des dividendes fictifs »¹.

Ainsi se trouvait ruinée la seule argumentation qui eût coupé court à toute difficulté. Le caractère strictement fiscal de l'opération étant mis en relief, les critiques n'en furent que plus acerbes. Il est toutefois permis de se demander s'il n'eût pas mieux valu s'adresser à la Chancellerie, plutôt qu'à l'Administration des Contributions Directes, qui ne pouvait de toute manière guère prendre parti sur le problème.

Toujours est-il que la seule voie restant ouverte consistait à faire application des principes généraux dégagés en matière de distribution de dividendes fictifs.

La position du célèbre arrêt Mirès² devrait conduire à ne considérer la réserve spéciale comme distribuable que dans la mesure où les plus-values sont effectivement réalisées. La réserve deviendrait ainsi progressivement susceptible de répartition entre les associés. Evidemment la ventilation sera très délicate entre la fraction distribuable et le surplus.

Pourtant il est bien difficile de dénier tout effet à la révision du bilan, puisqu'elle tend à en augmenter l'exactitude. Si l'on prend en considération l'assouplissement de la jurisprudence spécialement avec l'arrêt Pereire, peut-on dire que distribuer la réserve spéciale, c'est vendre la peau de l'ours, puisque la plus-value est facilement réalisable ?

Dans ces conditions si la Société retient des évaluations raisonnables, il paraît peu probable qu'on puisse objecter que la plus-value résultant de ces évaluations constitue, dès lors qu'elle n'est pas encore réalisée, un bénéfice fictif. Cette opinion personnelle du Directeur Général des Contributions Directes³ est partagée par une partie de la doctrine⁴.

Aussitôt d'ailleurs l'accent est mis sur le suicide économique auquel équivaldrait la distribution de la réserve spéciale. Cet argument conduit à la déconseiller purement et simplement, et même à la déclarer illicite⁵.

Que cette mise en distribution constitue le plus souvent une faute de gestion n'est guère douteux. Les différentes explications concluant ou non à la licéité de l'opération, ne sont néanmoins pas plus satisfaisantes les unes que les autres.

Le motif en est que toutes reposent sur une analyse incomplète de la réserve de réévaluation. Celle-ci est apparue comme la résultante de deux

1. Cf., Réponse du directeur général de l'administration des Contributions directes à l'ANSA. Lettre du 5 juillet 1946.

2. Cass. crim., 28 juin 1862, précité.

3. Réponse précitée, note 1.

4. Cf. notamment, RIPERT, *op. cit.*, n° 1339 ; MASSON, *op. cit.*, note 42, p. 129 ; LECOMTE et BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 25 ; GORE, *op. cit.*, p. 185 ; RODIÈRE, *op. cit.*, n° 46.

5. DEBESE, *op. cit.* ; JOLY, *op. cit.*, V° Bilans (Révisions des) n° 133 ; JACOB, *op. cit.*

composantes : une plus-value potentielle nominale, d'une part, une marge d'amortissement complémentaire à réaliser, d'autre part.

A la fin de la période d'amortissement, le bien réévalué ayant par hypothèse une valeur résiduelle nulle, il n'est plus question de plus-value. Mais la Société a dû majorer ses amortissements dont le montant se retrouve dans le patrimoine social. A ce moment, il est hors de doute que la réserve est distribuable.

Mais qu'en est-il avant l'amortissement intégral ? La plus-value potentielle résultant d'une réévaluation normale et correcte présente assez de vraisemblance pour être distribuée sans encourir le reproche d'une répartition de dividende fictif. Au surplus, pour que soit commis ce délit un recours préalable à un bilan frauduleux est *nécessaire*. Il est exceptionnel que cette qualification convienne à un bilan révisé selon les règles édictées par le législateur.

La question est plus délicate concernant les amortissements complémentaires. On a fait remarquer que les entreprises n'ayant pas révisé leur bilan peuvent distribuer comme bénéfices, sans redouter la loi pénale, des sommes que d'autres sociétés consacrent à l'amortissement complémentaire. La distribution de la réserve spéciale ne devrait pas être traitée plus sévèrement¹. L'analogie des deux situations est certaine après l'amortissement intégral, mais semble plus apparente que réelle dans l'hypothèse envisagée, tant que l'amortissement n'a pas été effectué.

L'exemple pris lors de l'étude de la constitution de la réserve spéciale de réévaluation le fera mieux comprendre. Soit un bien acquis pour 100.000 fr., amorti pour 90.000 fr., la dernière annuité d'amortissement étant de 10.000 fr. ; après réévaluation ces chiffres passent respectivement à 1.000.000 fr., 500.000 fr., et 490.000 fr. La « plus-value de réévaluation » se décompose en 90.000 fr. de plus value nominale et 400.000 fr. d'amortissement complémentaire.

Si les associés décident de répartir immédiatement le montant de la plus-value, ils vont appréhender ces 490.000 fr. A la fin de l'exercice suivant l'actif dont il s'agit, figurera au bilan pour 0. Les bénéfices de l'exercice seront inférieurs de 490.000 fr. (500.000 fr. — 10.000 fr.) à ce qu'ils auraient été à défaut de révision. Mais les associés ont déjà touché cette somme en se répartissant la réserve spéciale. Tout se passe donc comme s'il n'y avait pas eu révision.

La situation est bien finalement la même ; il y a cependant une différence assez sensible. Les associés ont pu ainsi avancer d'un an, la date à laquelle leur créance serait normalement apparue et aurait pu être déclarée exigible. Telle est bien, en effet, la principale conséquence possible de la *mise en distribution de la réserve spéciale : elle a pour effet d'anticiper l'apparition des créances de bénéfices qui seraient nées en l'absence de révision du bilan.*

La constitution de la réserve de réévaluation correspond à un engagement pris pour l'avenir de maintenir à la disposition de la Société les sommes nécessaires pour financer son actif. Il peut sembler dès lors paradoxal de considérer la décision des associés de revenir sur cet accord, comme

1. HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, p. 859.

ayant un effet immédiat. Le paradoxe n'est qu'apparent. Si la réserve de réévaluation est tournée vers l'avenir, l'effet de la révision du bilan est immédiat. Ce qui est illogique, c'est de ne pas voir que s'agissant du maintien de capitaux futurs, le retrait immédiat ne peut être reconnu possible.

Pour nous, la solution est claire. *La réserve spéciale n'est susceptible d'être mise en distribution, que dans la mesure où elle ne concerne pas l'avenir, c'est-à-dire dans la seule mesure où elle correspond à des capitaux propres supplémentaires effectivement à la disposition de la Société*¹. La détermination de ces capitaux n'est sans doute pas aisée, nécessitant des calculs assez complexes à partir des documents utilisés pour le calcul des plus-values. Elle n'est pas impossible. Au surplus, il est bien évident qu'une telle distribution nous apparaît comme économiquement mauvaise et à déconseiller fortement.

B. — *La décision de distribution.*

166. Les réserves distribuables étant ainsi déterminées, il faut rechercher tout aussitôt qui a compétence pour prendre la décision de répartition de ces capitaux propres. A la vérité le problème ne retient pas très longtemps, les difficultés relativement peu nombreuses étant tranchées depuis assez longtemps.

L'analyse des réserves nous les a révélées comme des créances internes d'un caractère collectif. C'est cette collectivité, ou du moins celle des actionnaires qui détient le pouvoir d'en déclarer l'exigibilité.

Normalement, en vertu du parallélisme des formes, c'est l'assemblée générale compétente pour la constitution qui doit se voir reconnaître le pouvoir d'en décider la répartition. Ceci est vrai pour la très grande majorité des réserves. Généralement c'est l'assemblée ordinaire qui donne son consentement au maintien des capitaux, en particulier pour toutes les réserves constituées au moyen de bénéfices d'exercice accumulés. Les statuts peuvent pourtant stipuler que les actionnaires devront être réunis en assemblée extraordinaire pour prendre la décision de constitution. Cette même assemblée pourra alors seule exiger la distribution. Il convient d'ailleurs de noter que l'assemblée extraordinaire bien que seule à pouvoir constituer certaines réserves, primes d'émission, ou d'apport en particulier, n'est pas seule compétente pour en déclarer l'exigibilité. Tout dépend, en effet, des stipulations statutaires à ce sujet. Notamment s'il s'agit de servir un dividende à l'aide de ces réserves. Pour en terminer avec les pouvoirs de cette assemblée extraordinaire, il faut encore signaler que c'est elle qui doit prendre les décisions concernant les réserves statutaires. Bien que l'assemblée annuelle ait reçu une délégation pour opérer chaque année les prélèvements correspondants, elle ne saurait valablement décider la distribution d'une telle réserve. Cela implique en effet une modification

1. Cette possibilité de distribution de la réserve de réévaluation montre que cette réserve mérite d'être classée parmi les réserves mixtes. Le maintien à la disposition de l'entreprise dépend, en effet, de la volonté des associés dès l'instant où les capitaux se trouvent réellement dans le patrimoine social.

au moins implicite du pacte social, et relève uniquement du pouvoir de l'assemblée extraordinaire.

Par application de ces mêmes principes, on pourrait penser que les réserves occultes constituées en fait par le Conseil d'Administration pourraient être librement distribuées par lui. Or, il n'en est rien. On ne peut arguer de l'absence de consentement des associés à la constitution, pour affirmer que ce consentement libre et éclairé n'est pas nécessaire à la disparition.

D'une manière plus générale, les réserves ne peuvent être distribuées d'une manière déguisée. Les actionnaires sont protégés contre une distribution occulte. Cette protection mérite d'être étudiée spécialement.

167. En l'absence de bénéfice à la fin d'un exercice déterminé, le Conseil d'Administration peut proposer à l'assemblée de voter un dividende qu'il lui présente à l'aide d'un bilan inexact, comme provenant du bénéfice de l'exercice et qu'il prélève en réalité sur les réserves. Le dividende ainsi distribué doit-il être qualifié de fictif ?

Traditionnellement, le délit de distribution de dividendes fictifs était considéré par les auteurs comme résultant de la répartition des sommes prélevées sur le capital social. Ce dernier, gage intangible des créanciers sociaux, ne doit subir aucune attente. Les travaux préparatoires des lois de 1863 et 1867 prouvent amplement l'intention du législateur.

Ainsi un administrateur délégué poursuivi pour distribution de dividende fictif pensait-il être à l'abri de toute condamnation, alors qu'il existait des réserves extraordinaires non grevées d'affection spéciale, dont l'assemblée générale aurait pu ordonner la répartition, et alors surtout que le montant de ces réserves était bien supérieur au chiffre du dividende distribué.

La Cour de Cassation en décida autrement par l'arrêt Léonard du 22 janvier 1937¹. L'arrêt retient, en effet, que l'assemblée a décidé, non une répartition de réserves, mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé, tels que les faisait apparaître le bilan établi par l'administrateur-délégué.

La doctrine, à une exception près, a mal accueilli cette décision contraire à sa position traditionnelle. L'assemblée générale n'avait certes pas ordonné la distribution des réserves et la tromperie commise par l'administrateur délégué engage sa responsabilité, mais elle ne suffit pas à constituer le délit de distribution de dividendes fictifs puisqu'il existe un excédent d'actif sur le passif. Admettre le contraire serait donner à l'assemblée le pouvoir de restreindre à sa guise la notion de bénéfices. La solution est choquante, car elle aboutit en matière pénale à mettre une notion légale sous la dépendance de la volonté des intéressés.

Au surplus, cette interprétation extensive des éléments constitutifs d'un délit pénal va directement à l'encontre de la maxime *Paenalia sunt restringenda*. Son caractère excessif est d'ailleurs mis en relief par la possibilité d'une autre incrimination prévue par le décret-loi du 8 août 1935

1. Cass. Ch. crim., 22 janv. 1937 ; D.P., 1937.1.71, note Tchernoff ; S., 1938.1.297, note Légal ; J. Soc., 1938.279, note Lecompte.

pour les mêmes faits : celle de présentation de bilan inexact. A vrai dire, dans l'affaire Léonard, comme dans la plupart des espèces ultérieures les faits remontaient à une époque plus ancienne. Ainsi que l'a fait remarquer un auteur, il apparaît comme presque certain que la promulgation du décret-loi du 8 août 1935 n'est pas étrangère au développement de la jurisprudence inaugurée avec l'affaire Léonard. Il y a en quelque sorte une rétroactivité psychologique¹.

Certains escomptaient un revirement ; l'arrêt rendu par la Chambre Criminelle le 17 juin 1942 dans l'affaire Moreau a semblé l'accomplir². La Cour Suprême décida en effet, qu'il ne saurait y avoir distribution de dividendes fictifs, dès lors que ceux distribués sont couverts par un excédent certain de bénéfices. Mais il s'agissait en l'espèce de réserves occultes constituées au titre du même exercice. Les commentateurs n'attachèrent pas tout d'abord une importance particulière à cette circonstance. Ce fut à tort, car un arrêt Rouvière rendu quelques mois plus tard, allait montrer que la Cour de cassation n'avait nullement renoncé à la position adoptée en 1937³. Dans cette affaire comme dans l'affaire Léonard, il s'agissait de réserves extraordinaires.

Analysant cette jurisprudence, la majorité de la doctrine a estimé que la Chambre Criminelle faisait une distinction entre les administrateurs qui excipent de la présence des réserves extraordinaires et ceux qui arguent de l'existence de réserves occultes⁴. Dans le premier cas, a-t-on dit, les administrateurs distribuent des réserves constituées avec la volonté des actionnaires. Ils trompent les associés et ils trompent le public. Distribuer des réserves sans le dire, c'est distribuer des dividendes fictifs. La Cour de cassation n'a cessé de le réaffirmer⁵. Dans le second cas, il en va différemment les réserves occultes sont ignorées de tous.

A la vérité, le prélèvement prétendument opéré sur des réserves occultes n'est pas suffisant en soi pour exonérer de toute responsabilité pénale. Pour être invoquées valablement comme justification de la distribution d'un dividende, ces « réserves occultes » doivent correspondre à des bénéfices valablement acquis à la Société. Mais il y a plus, les bénéfices ayant permis la « constitution » de la réserve doivent être afférents à l'exercice au titre duquel la distribution est intervenue. Les termes de l'arrêt *Moreau* ne laissent aucun doute à ce sujet⁶.

Le véritable critère en notre matière, ce n'est pas la différence entre réserves apparentes et réserves occultes, mais c'est bien l'application du principe d'indépendance des exercices.

L'augmentation de situation nette constatée au cours d'un exercice entraîne l'apparition d'une créance de passif interne susceptible d'être

1. NOIREL, *op. cit.*, p. 105.

2. Cass. Ch. crim., 17 juin 1942 ; *J. Soc.*, 1943, p. 263 ; S., 1944.1.141, note Légal ; *J.C.P.*, 1943.II.2.120, note Bastian.

3. Cass. Ch. crim., 10 nov. 1942 ; *Gaz. Pal.*, 1943.1.85 ; *J.C.P.*, 1943.II.2332, note Bastian.

4. Cf., NOIREL, *op. cit.*, p. 107 ; BLAISE, « La notion de dividende fictif », in *Droit spécial des Sociétés Anonymes*, p. 276 et s.

5. Crim., 5 mai 1949 ; S., 1949.1.104, note M. R. et M. P. ; *J.C.P.*, 1949.II. 5164, note A. B. ; Crim., 4 mai 1954 ; *J.C.P.*, 1954.II.8239, note Bastian.

6. V. sur ce point BLAISE, *op. cit.*, p. 299 et s.

immédiatement distribuée sous forme de dividendes. *Ce que le juge interdit c'est de distribuer plus que le chiffre de l'augmentation réelle constatée au cours d'un exercice*, ou tout au moins d'opérer cette distribution sans préciser qu'elle provient pour une partie déterminée d'un prélèvement sur les réserves.

La distribution déguisée d'une réserve apparente tombe automatiquement sous le coup de l'incrimination, puisque par hypothèse cette réserve correspond à une augmentation de situation nette constatée avant l'exercice au titre duquel la distribution a eu lieu. La même solution doit être donnée pour une réserve occulte, bien qu'en fait il soit plus difficile de prouver sa constitution antérieure.

Chaque exercice étant indépendant, il faut rechercher si après redressement des écritures les dividendes distribués au titre de divers exercices sont couverts par un excédent certain de bénéfices afférents à chacun des dits exercices¹. Il s'ensuit que si des accroissements de situation nette ont été cachés, il n'y aura pas fictivité du dividende. Selon nous, la même solution s'imposerait dans l'hypothèse où l'assemblée aurait voté un dividende de 5.000.000 de francs et constitué une réserve de 30.000.000 de francs, alors que le montant réel du bénéfice n'était par exemple que de 25.000.000 de francs. Le bilan présenté est certainement inexact, mais il est erroné de considérer qu'il y a eu distribution de la réserve apparente ou occulte constituée au cours de l'exercice. Ce qui compte c'est le résultat effectif global de l'exercice.

Les associés se trouvent donc protégés contre les manœuvres frauduleuses du Conseil d'administration. Ils sont garantis contre les agissements des mandataires sociaux, par une sanction pénale sévère. *La distribution d'une réserve, même si elle a été constituée sans le consentement libre et éclairé des actionnaires, ne peut se faire qu'avec leur consentement libre et éclairé.*

Cette solution est d'ailleurs parfaitement satisfaisante en équité. Il y aurait quelque chose de choquant, à voir les administrateurs tirer profit de la faute commise en constituant des réserves occultes et échapper à une condamnation pénale pour distribution de dividendes fictifs.

C. — Nature de la distribution.

168. Après les développements qui précèdent, il pourrait sembler que la distribution des réserves se fasse toujours sous forme d'une répartition de dividendes. Au vrai cette modalité se rencontre et ne saurait évidemment être exclue. Les tentatives faites pour déguiser cette distribution suffisent à montrer qu'elle n'est généralement pas très appréciée des actionnaires, qui ont le sentiment de « manger leur capital ». Aussi préfèrent-ils que la répartition d'une réserve soit faite comme un partage anticipé d'actif.

Le problème de la nature d'une distribution de réserves a déjà été évoqué². Il n'y a donc pas à revenir ici sur le débat de principe, d'autant

1. Crim., 17 juin 1942 précité.

2. Cf., *supra*, nos 150 et s.

qu'aucune solution générale ne peut être dégagée. Du moins le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications a été mis en relief. Il importe maintenant de déterminer la façon dont cette volonté va pouvoir intervenir.

Les actionnaires en leur qualité de créanciers internes, se réunissent en assemblée générale et prennent la décision rendant exigible une réserve. Il est logique de penser que cette assemblée décidera également de la qualification de l'opération, qu'elle dira si ce sont des fruits qu'elle entend distribuer, ou au contraire si ce sont des capitaux qui seront partagés. C'est bien, en fait, ce qui se passe. Mais la qualification n'est pratiquement jamais donnée en termes explicites. Il faut le plus souvent l'induire des circonstances, ce qui amène à distinguer les deux situations principales que l'on rencontre.

a) L'assemblée générale annuelle se prononce sur les comptes du dernier exercice social, et sur le dividende à répartir. En l'absence de résultats bénéficiaires, aucun dividende ne doit normalement être distribué. Si l'assemblée décide néanmoins la mise en paiement d'un *dividende*, celui-ci ne peut qu'être prélevé sur les réserves préexistantes. Il ne paraît guère possible de dénier le caractère des fruits aux sommes ainsi distribuées. Les actionnaires ont entendu encaisser un revenu comme si l'exercice s'était soldé par un bénéfice.

Le service d'un dividende correspondant à celui habituellement versé, fait présumer raisonnablement que la créance déclarée exigible est une créance de fruits, bien qu'elle provienne d'une réserve.

Cette présomption est susceptible d'être renforcée selon la nature de la réserve distribuée. En particulier si les sommes proviennent du report à nouveau, ou d'une réserve pour péréquation ou régularisation des dividendes, il n'y aura plus de doute possible sur la nature de l'opération. S'agissant de réserves qualifiées différemment, il ne pourra être tiré argument de leur dénomination, dans un sens ou dans un autre. Il faudra alors se référer au critère énoncé ci-dessus.

b) La distribution d'une réserve peut, au contraire être décidée par une assemblée générale indépendamment de toute insuffisance des résultats d'exercice. L'expression de « dividende exceptionnel » qui est alors parfois employée, ne doit pas induire en erreur. Les associés n'entendent pas répartir une sorte de super-bénéfice, mais bien reprendre les capitaux qu'ils ont laissés à la disposition de la Société. Le caractère de capital des sommes ainsi distribuées est incontestable.

Sans doute y a-t-il une certaine analogie extérieure avec un dividende, puisque la Société en est débitrice, et qu'un coupon sera affecté à la représentation de chaque créance externe née de la décision collective. La différence de nature n'en est pas moins irréductible.

D. — *Bénéficiaires de la distribution.*

169. Cette analyse de l'opération de distribution permet d'en déterminer les bénéficiaires.

Lorsque la réserve est distribuée comme fruits, ce sont les ayants-droit au bénéfice d'exercice qui peuvent prétendre appréhender les sommes

réparties. Pour éviter toute ambiguïté, il faut préciser que les ayants droit sont ceux qui se seraient partagé le bénéfice d'exercice s'il y en avait eu un, et non pas ceux qui auraient pu prétendre au bénéfice lors de la constitution de la réserve. La distribution de réserve est équivalente à la distribution de dividende qu'elle remplace. Les intéressés sont les mêmes. En particulier les droits des usufruitiers et des porteurs de parts de fondateur doivent être calculés comme s'il s'agissait d'une répartition de bénéfices normaux.

Lorsque la réserve est distribuée comme capitaux, ce sont les ayants-droit au boni de liquidation qui peuvent alors prétendre appréhender les sommes réparties. C'est une solution acquise depuis longtemps, qui n'a pas à être remise en question encore que le raisonnement qui a conduit à cette solution ne soit peut être pas à l'abri de toute critique. La vocation des ayants-droit au boni de liquidation est justifiée, en effet, parce que la distribution de réserve serait un partage *anticipé* de l'actif social. Ceci n'est pas tout à fait exact, dans la mesure où l'on doit comprendre que l'exigibilité normale des réserves n'est déclarée qu'à la liquidation. Les réserves sont des capitaux laissés à la disposition de la Société pour une durée généralement illimitée. Sans doute cette durée prend-elle fin avec l'existence de la Société. L'exigibilité anticipée n'en reste pas moins toujours possible. Aussi semble-t-il préférable de parler de liquidation partielle. Cette liquidation se fait selon les règles statutaires, tout particulièrement en ce qui concerne la détermination des ayants-droit.

A ces solutions de principe, il convient d'apporter quelques précisions, voire des corrections pour tenir compte de la nature particulière de certaines réserves. Deux d'entre elles doivent retenir plus spécialement l'attention : les primes d'émission d'une part, la réserve spéciale de réévaluation, d'autre part.

170. a) Les réserves sont l'occasion de conflits très fréquents entre actionnaires et porteurs de part. Le caractère original de la réserve de primes d'émission n'a pas manqué de susciter des litiges, qui ont été tranchés en faveur des actionnaires.

L'affaire des porteurs de parts de fondateurs de la Société « Poliet et Chausson » a mis le point final à la discussion¹. La Chambre des Requêtes suivit l'avis de son rapporteur, M. le Conseiller Pilon. Ce rapport est donc le document essentiel qui nous renseigne sur la position actuelle de la jurisprudence. Il est intéressant d'en rappeler les grandes lignes.

De sa nature, la prime d'émission n'est pas un bénéfice réalisé par la Société. C'est un apport supplémentaire provenant du patrimoine individuel des souscripteurs d'actions nouvelles.

Son but est d'assurer l'égalité entre les actions nouvelles et anciennes. Les actions nouvelles participant aux mêmes droits que les anciennes sur l'actif social, sans avoir couru les risques primitifs, il est juste qu'il soit

1. Req., 8 janv. 1935 ; D.P., 1935.1.8, Rapport conseiller Pilon. Sur cette question cf. également E. GAULTIER, *Droits des porteurs de parts de fondateurs sur les bénéfices sociaux*, th. Paris, 1939, p. 169 et s. ; VANDAMME, « Les parts de fondateurs viennent-elles au partage des primes d'émission », *Ann. dr. com.*, 1927, p. 177 et s. ; J. NOIREL, *op. cit.*, nos 122 à 124 et la jurisprudence récente citée.

tenu compte aux actions anciennes par un apport spécial des actionnaires nouveaux, de la portion du droit que ces derniers acquièrent sur la part d'actif déjà existante. Puisque c'est par les actionnaires nouveaux, et en considération des actionnaires anciens, que la prime a été versée, les actionnaires ont sur elle un droit privatif.

Pour séduisante qu'elle soit cette démonstration ne paraît pas tellement convaincante, bien que les solutions qu'elle préconise, soient certainement exactes. Il n'est certes pas contestable que les primes d'émission ne sont pas des bénéfices d'exercice provenant de l'activité de l'entreprise. De ce fait, il découle à l'extrême rigueur, une conséquence et une seule : les participants au dit bénéfice n'ont aucun droit absolu à prétendre aux primes d'émission. Refuser ce droit aux intéressés au boni de liquidation ne se justifie pas. Cela revient en effet à affirmer implicitement mais nécessairement, que le droit au boni est un corollaire du droit au bénéfice, et donc pour être logique avec soi-même qu'il y a identité entre les deux catégories de participants.

Comment, au surplus, peut-on soutenir que tous les actionnaires, y compris les actionnaires nouveaux ont un droit privatif sur ces primes, après avoir démontré que celles-ci n'ont été versées que pour dédommager les anciens associés ? Il y a là un manque de logique qui ne peut pas ne pas frapper. Il est juste pourtant de reconnaître les difficultés qui résulteraient de la solution contraire. Il est juste aussi de reconnaître que le montant de la prime était calculé de telle sorte que les nouveaux actionnaires puissent avoir un droit sur elle, sans léser les actionnaires primitifs¹.

Mais surtout l'analyse de la prime d'émission, telle qu'elle est faite par la Cour de cassation, ne semble plus exacte depuis qu'un droit préférentiel de souscription est obligatoirement conféré aux actionnaires. L'argument essentiel qui militait en faveur de la reconnaissance aux actionnaires d'un droit exclusif sur les primes d'émission, a perdu sa force. Et comme, par ailleurs, le fait qu'il ne s'agit pas de bénéfices est impuissant à écarter les porteurs de parts, il semble bien qu'il faille leur reconnaître un droit sur les primes d'émission.

A la vérité, on ne saurait aller jusque là. La réserve correspondant aux primes d'émission a bien son origine dans un accroissement de situation nette, au-delà du capital social. Il convient pourtant de ne pas perdre de vue que cet accroissement est dû à un *apport complémentaire* des actionnaires. C'est là la considération déterminante.

Le boni de liquidation résulte de la différence entre l'actif net et les apports faits à la société par les actionnaires. Normalement le montant de ces apports est chiffré par le capital. Exceptionnellement il y a lieu d'y adjoindre les primes d'émission. Peut-on dire que les porteurs de parts subissent un préjudice par suite de cette addition ? Sûrement pas. L'apport a permis à l'entreprise de développer ses activités, sans que la part des bénéfices d'exercice des porteurs de parts en ait été affectée, puisqu'aucune rémunération n'a été servie spécialement pour le montant des primes.

C'est en vain que l'on objecterait également que les primes d'émission

1. Cf., *supra*, n° 109.

permettraient de faire échapper une partie du capital au principe de fixité. Les créanciers sociaux n'ont pas été induits en erreur. Ils ont toujours su que les associés pouvaient reprendre de complément d'apport.

Le versement de la prime d'émission a donc fait naître une créance collective interne, dont les apporteurs c'est-à-dire les actionnaires sont seuls titulaires, une distinction entre anciens et nouveaux actionnaires ne serait pas inconcevable. Elle présenterait en fait peu d'intérêts, étant donné que le droit préférentiel de souscription a pour effet d'assimiler aussi pleinement que possible les deux catégories d'associés.

171. b) La distribution de la réserve spéciale de réévaluation est très discutée. Sa licéité étant admise, tous les problèmes ne sont pas résolus pour autant. La détermination des ayants-droit a fait l'objet d'une vive polémique. L'abondance de la littérature sur cette question en est la meilleure preuve¹.

Il est intéressant de noter, dès l'abord, une tentative de solution pour analogie avec le cas des primes d'émission. Selon M. Decugis, en effet, la solution est la même pour la réserve provenant de la réévaluation des immobilisations que pour les primes d'émission². Chaque fois que la plus-value porte sur les immobilisations acquises au moyen des apports des actionnaires, en nature ou en numéraire, à l'origine de la Société ou à la suite d'augmentations de capital, cette plus-value n'est, en aucune manière, un bénéfice produit par l'activité sociale. La similitude avec les primes d'émission est évidente. Les porteurs de parts n'ayant sur celles-ci aucun droit, parce qu'elles ne sont pas des produits de l'activité sociale, ne peuvent avoir davantage de droits sur la réserve de réévaluation.

Cette explication n'est pas satisfaisante. Le droit privatif des actionnaires sur les primes d'émission ne se comprend que parce qu'il y a un apport complémentaire fait par les actionnaires. En cas de réévaluation rien de tel ne se produit. Les deux situations restent fondamentalement différentes.

Aussi la principale critique adressée aux partisans de la participation des porteurs de parts est-elle fondée sur des considérations d'équité. Sans entrer dans les détails, il suffit de reprendre un exemple qui a été donné dans un article récent³.

La Société X... a été fondée en 1942 au capital d'un million de francs. Des parts de fondateurs furent créées, qui donnent droit à 35 % des bénéfices annuels et du boni de liquidation. L'entreprise révisé son bilan et réévalue son matériel acquis dès la première année d'exploitation pour une somme globale de 900.000 francs.

Le résultat de cette opération est le suivant :

Nouvelle valeur nette comptable des éléments réévalués ... 15.811.750

1. Cf., Les autorités citées n° 168, *adde* ; PINOTEAU, *Des droits des porteurs de parts de fondateur dans la réserve spéciale de réévaluation* ; *Gaz. Pal.*, 1959.2. ; *Doctr.* 70 et s. ; DECUGIS, *La conversion des réserves en actions et les droits des porteurs de parts de fondateur* ; *Gaz. Pal.*, 1947.1, *Doctr.* 3 et s.

2. DECUGIS, *op. cit.*

3. PINOTEAU, *op. cit.*

Plus-value dégagée par la réévaluation	15.631.750
Actif net de l'entreprise.	16.631.750
Sur cet actif net les porteurs de parts auraient un droit de	
35 % soit	5.471.112
Les actionnaires ne recevant que la différence soit.	11.160.638
alors que leur capital exprimé en monnaie actuelle devrait se chiffrer à 20.400.000 francs.	

Donc non seulement il y a eu une perte de substance, mais les porteurs de parts reprennent de plus une partie du capital.

L'exemple est saisissant et bien fait pour persuader de l'injustice commise en accordant une vocation aux porteurs de parts de fondateur.

Une première remarque s'impose. Dans cette hypothèse précise, que ce serait-il passé à défaut de réévaluation ? L'actif réel n'en serait absolument pas changé, et les porteurs de parts auraient appréhendé la fraction leur revenant statutairement. Il n'est pas possible pourtant de partager l'actif différemment selon que la révision a été faite ou non.

Une autre remarque vient aussi à l'esprit. La « plus-value » correspond également à une nouvelle marge d'amortissement à pratiquer. Les bénéfices des exercices ultérieurs vont s'en trouver diminués d'autant, et les parts de fondateur subiront le contre-coup de cette diminution. Est-il équitable de refuser tout droit aux porteurs de parts alors qu'ils ont en fait contribué à la constitution de la réserve ? Ceci sous le prétexte surtout qu'il n'y aurait pas véritablement bénéfice.

D'autre part, que décider si la « plus-value » rapprochée du chiffre du capital réévalué lui est largement supérieure ? Faudrait-il faire une distinction ?

Pour écarter du partage de la réserve de réévaluation les porteurs de parts, il faut déclarer inapplicable à notre matière l'article 1895 du Code civil. Or selon nous, il n'y a aucune raison de ne pas faire jouer le principe du nominalisme monétaire¹. Le silence du législateur sur la réévaluation du compte « capital » suggérée par certains, ne peut que renforcer cette opinion.

En définitive, la seule solution est de recourir aux règles statutaires concernant le partage du boni de liquidation pour déterminer le cercle des intéressés à la réserve de réévaluation. L'application pure et simple de cette règle peut parfois apparaître trop rigide et choquer l'équité. On ne peut alors qu'émettre le vœu qu'une transaction intervienne entre les intéressés, sans se dissimuler la difficulté d'une telle solution².

La jurisprudence est d'ailleurs dans le sens indiqué. C'est ainsi que la Cour de Besançon a pu affirmer, dans un arrêt du 5 juin 1957 sans encourir la cassation³ que la vocation des porteurs de parts au boni de liquidation leur donne un droit portant « sur les bénéfices accumulés ou mis en réserve, ainsi que sur la plus-value de l'actif social ».

1. Cf. *supra*, n° 25.

2. V. en ce sens Lecompte et Bosvieux, *op. cit.*, p. 44.

3. Besançon, 5 juin 1957 ; *J. Soc.*, 1958, p. 66 et sur pourvoi Cass. com., 17 avril 1958, *Bull. cass.*, 1958.3.120.

E. — Conséquences de la décision de distribution.

172. La décision de distribution d'une réserve a pour effet, ainsi qu'il a déjà été dit, de transformer la créance interne collective en une série de créances externes individuelles. Chacune d'elles est représentée matériellement par un coupon de l'action, contre remise duquel la somme distribuée sera payée à chaque intéressé.

Les associés reprennent ainsi une partie des capitaux propres laissés à la disposition de la société, étant observé qu'ils peuvent donner à ces « capitaux » le caractère juridique de fruits. Le passif interne et la situation nette se trouvent diminués dans la même proportion, et tendent à se rapprocher du chiffre du capital social.

Une telle distribution ne saurait avoir pour conséquence de faire descendre le montant de la situation nette en dessous du capital. C'est en cela essentiellement que l'opération se distingue d'une réduction de capital. On serait tenté d'objecter qu'il est possible néanmoins de procéder à l'amortissement du capital, opération elle-même fort différente de la réduction de capital¹.

En réalité, ainsi qu'on n'a pas manqué de le souligner l'expression amortissement du capital est une source d'erreurs. L'opération se présente de manière très différente selon qu'elle est envisagée dans les rapports entre la Société et les créanciers sociaux, d'une part, la Société et les associés, d'autre part.

Le principe de fixité du capital social interdit aux actionnaires de ramener volontairement le chiffre de la situation nette à un niveau inférieur à celui du capital social. En ce sens il est possible de dire que la Société doit prendre sur les réserves ou sur les bénéfices les sommes payées aux actionnaires². A défaut de réserves ou de bénéfices, le remboursement du capital est impossible. Tout se passe donc comme si la Société distribuait ces réserves.

Dans les rapports Société-actionnaires, il n'est pas tout à fait exact de soutenir qu'il s'agit de la distribution d'une réserve. L'engagement des actionnaires se limite à celle de maintenir à la disposition de la Société une somme minima égale au capital. Rien n'interdit, selon nous, que cette somme soit représentée par une créance interne quelconque, qui acquerra l'indisponibilité nécessaire. Les actionnaires peuvent donc déclarer exigible la créance correspondant au capital, dès lors qu'il existe par ailleurs des réserves suffisantes.

L'amortissement apparaît bien alors comme « un versement anticipé fait à l'actionnaire sur sa part dans la liquidation future de la Société »³. C'est la part correspondant au capital qui aura ainsi été versée, en sorte qu'à la liquidation, le remboursement préciputaire du capital ne pourra

1. L'amortissement du capital, est assorti de conditions telles, que sa rareté est encore beaucoup plus grande que celle des distributions de réserves. Il n'est donc pas nécessaire d'entrer dans le détail de l'opération. L'analyse de sa nature juridique retiendra seule.

2. RIPERT, *op. cit.*, n° 1054, p. 508.

3. *Ibid.*

plus être exigé ; en sorte encore que jusqu'à cette liquidation, le droit au premier dividende disparaîtra.

Il y a quelque inélégance à prétendre que l'amortissement du capital est une distribution de réserves qui produit les mêmes effets que le remboursement de ce capital. Il semble, au contraire plus conforme à la réalité de dire qu'il y a bien remboursement du dit capital, mais que ce remboursement n'est possible qu'à la condition qu'il existe des réserves, qui se trouveront automatiquement subrogées à ce capital.

§ 2. — *La compensation des pertes*

173. Le principe de la compensation des pertes avec tout ou partie des réserves est simple et suffisamment connu pour qu'il ne soit pas nécessaire de lui consacrer de longs développements.

Le résultat d'un exercice social est égal, ainsi qu'il a été prouvé, à la différence algébrique entre l'actif et le passif à la fin de cet exercice. Si donc il y a un excédent du passif sur l'actif, l'année se solde par une perte. Ce qui signifie le plus souvent que la situation nette a diminué au cours de cette année¹.

Il n'est pas question de distribuer un dividende dans cette hypothèse, à moins de le prélever sur un fonds de réserve. Mais il y a plus, il n'est pas possible de distribuer les bénéfices qui apparaîtront au cours des exercices ultérieurs, aussi longtemps que leur montant n'aura pas permis de combler le déficit apparu.

Le fait s'explique aisément. L'ensemble des capitaux que les associés ont décidé de maintenir à la disposition de la Société, est supérieur à ceux qu'elle détient effectivement. Avant qu'une nouvelle créance de passif interne apparaisse, que les actionnaires puissent déclarer exigible, il faut que l'équilibre se rétablisse entre d'une part, la situation nette, et d'autre part, les capitaux dont le maintien est assuré par les associés. La situation nette peut s'accroître (et il y a alors bénéfice) sans être suffisante pour que l'égalité soit rétablie (et ce bénéfice n'est pas normalement distribuable).

Cette situation peut être très gênante pour les associés. Un mauvais exercice, se soldant par une perte très forte, peut entraîner la suppression des dividendes pendant de nombreuses années.

Les actionnaires peuvent alors utiliser un autre procédé. La condition nécessaire et suffisante pour que les distributions soient reprises, est que les chiffres des capitaux maintenus et de la situation nette coïncident. Au lieu d'attendre que la situation nette ait augmenté suffisamment pour rejoindre le niveau des capitaux maintenus, les associés peuvent procéder dans l'ordre inverse. Ils ramèneront le chiffre du passif interne à celui de l'actif net. On assiste bien à une diminution du passif interne, liée à une diminution de la Situation Nette.

1. Il en est ainsi du moins lorsque le passif interne est demeuré inchangé pendant l'exercice considéré. Ce sera l'hypothèse faite pour simplifier les explications. S'il y a eu variation de passif interne, l'apparition d'une perte signifie seulement que la situation nette a diminué plus vite, ou augmenté moins vite que ne l'a fait le passif interne.

Cette opération est particulièrement facile lorsque la Société possède des réserves. On parle soit d'imputation des pertes sur les réserves, soit de compensation des pertes.

Ainsi, en présence d'une situation nette de 25.000.000 de francs, et d'un passif interne de 28.000.000, se décomposant en 10.000.000 de capital et 18.000.000 de réserves, les associés peuvent diminuer les réserves du montant de la perte, soit 3.000.000 pour rétablir l'égalité. Les réserves auront ainsi servi à compenser les pertes.

Ce mode de disparition des réserves met bien en relief leur rôle de protection du capital. En l'absence de réserves c'est le capital social qui eût été entamé. Il convient d'ailleurs de noter que les pertes peuvent s'imputer sur le capital, qui peut en effet être réduit à cette occasion, sans que les créanciers sociaux puissent s'en plaindre puisque de toute manière leur gage se trouvait inférieur au chiffre du capital. *A priori*, la licéité de la compensation des pertes avec les réserves est incontestable¹.

La question a pu se poser de savoir si l'on ne devrait pas aller plus loin et exiger l'ajustement automatique du passif interne à la situation nette, en cas de perte.

Il ne semble pas qu'une compensation automatique des pertes sur les réserves soit souhaitable. Des considérations fiscales doivent détourner d'une telle solution². Mais surtout elle ne serait pas conforme à la nature même de la constitution des réserves. Celle-ci est en effet un engagement des actionnaires de maintenir, jusqu'à nouvel ordre, des capitaux à la disposition de la Société. Si momentanément la Société dispose de moins de capitaux propres que les associés lui ont laissés, cela n'empêche pas l'engagement pris de continuer à produire effet, tant qu'une décision inverse n'est pas intervenue. Par suite cet engagement doit recevoir sa pleine application. Lorsque la situation nette aura augmentée de nouveau, et que la Société possèdera les capitaux correspondants au passif interne, cette application sera effective. Sa virtualité temporaire n'en doit pas moins être prise en considération.

Il importe de réserver la libre décision des associés. Cette libre décision sera, au cas particulier, celle de compenser les pertes avec les réserves. L'automatisme d'une telle compensation doit être exclue³.

174. Toutes les réserves sont-elles susceptibles de servir à la compensation des pertes ?

Supposons une Société qui subisse une perte de cinq millions de francs. Les actionnaires décident alors de la compenser avec tout ou partie d'une

1. La différence des deux hypothèses reste pourtant assez grande. En cas de retour de la société à meilleure fortune, les créanciers antérieurs à la réduction de capital, peuvent exiger le maintien des biens dans le patrimoine social jusqu'à concurrence de l'ancien chiffre du capital, alors qu'ils n'ont aucun recours si l'imputation s'est faite sur des réserves.

2. Cf. *infra*, 3^e Partie.

3. *Contra* JACOB, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1958, p. 241 et s. Selon cet auteur l'apurement des pertes serait obligatoire avant l'émission d'une augmentation de capital, sinon le prix d'émission ne saurait être calculé. Il faut sans doute entendre par là, la valeur du droit préférentiel de souscription. On voit mal en quoi la non-compensation de pertes empêche ce calcul.

réserve quelconque. L'exercice suivant se solde par un bénéfice de la même importance soit cinq millions de francs, dont la répartition est décidée.

La situation finale est la même que si l'on avait compensé la perte du premier exercice avec le bénéfice du second, et que l'on ait distribué la réserve. La question se pose dès lors de savoir si l'on peut affecter à la compensation des pertes une réserve dont la distribution aux actionnaires ne serait pas licite.

La négative a été soutenue en particulier par ceux qui estiment que la réserve de réévaluation ne peut être distribuée valablement. Cette impossibilité entraînerait celle de la compensation des pertes, faute de quoi on pourrait réaliser indirectement la distribution prohibée.

L'argumentation est séduisante. Elle présente cependant un grave défaut. *Mutatis mutandis* elle devrait s'appliquer à la réserve légale, dont la distribution est indubitablement interdite. Or, il est admis non moins certainement que les pertes peuvent s'imputer sur ce fonds de réserve légal. Il est difficile d'admettre un principe qui supporterait une exception dans l'hypothèse la plus caractéristique où il devrait recevoir application.

Le lien que l'on veut établir entre la distribution des réserves et l'imputation des pertes est donc artificiel. La corrélation repose, en effet sur une similitude apparente : tout se passe comme si... Il est bien connu que deux techniques juridiques fort différentes peuvent aboutir à des résultats identiques. L'illicéité d'un procédé n'entraîne que rarement celle d'un procédé irréprochable. Il faut supposer une fraude à la loi qui déclenche l'application de l'adage *fraus omnia corrumpit*.

La situation est très différente selon qu'il s'agit de distribuer une réserve, ou de compenser des pertes avec cette réserve. Dans le premier cas, c'est la décision de diminuer le passif interne qui entraîne la diminution de la situation nette. Dans le second, la diminution de situation nette est préalable et les associés ne font que la constater en harmonisant le montant du passif interne avec le nouveau chiffre de l'actif net.

Interdire de distribuer une réserve, c'est interdire d'abaisser volontairement l'importance de l'actif social. Cette prohibition ne peut guère se concevoir lorsque l'ordre des facteurs est inversé et que l'actif social a perdu de sa valeur sans la volonté des associés.

Il est néanmoins certain que si plusieurs réserves sont susceptibles d'être utilisées, la compensation devra s'opérer dans l'ordre de leur disponibilité¹. En particulier, la réserve légale ne pourra être employée qu'après épuisement de toutes les autres réserves.

Cette affirmation pourrait sembler être en contradiction avec celle antérieure niant tout lien entre la possibilité de distribution et celle de compensation des pertes. En fait il n'en est rien. Il ne s'agit ici que d'éviter la fraude à la loi à laquelle il est fait allusion plus haut. Il ne faut pas sous prétexte que toutes les réserves peuvent servir à la compen-

1. L'ordre généralement préconisé est le suivant : réserves facultatives (avec parfois une priorité pour les réserves à affectation générale, sur celles à affectation spéciale) y compris la réserve de réévaluation, réserves statutaires et enfin réserve légale. Cf. p. ex. : *Juris.-Class. Soc.*, fasc. 147.

sation des pertes, permettre une distribution indirecte, qui serait interdite directement.

Un auteur a proposé de procéder à une réduction proportionnelle de tous les comptes de réserves « ce qui respecterait plus l'égalité des droits, que la disparition d'un compte précis de réserve qui affecterait certains ayants droit au détriment d'une autre catégorie »¹. Ce serait le cas, par exemple, si les pertes étaient imputées sur les primes d'émission, dont les actionnaires sont seuls titulaires à l'exclusion des porteurs de parts bénéficiaires. L'hypothèse demeure assez exceptionnelle. De plus, une imputation même partielle des pertes sur les primes d'émission ne suffirait pas à éviter une différence de traitement entre actionnaires et porteurs de parts. La ventilation des pertes entre les différentes réserves n'apparaît pas comme la solution idéale. Le plus simple serait alors d'interdire à la catégorie d'ayants-droit au bénéfice, de se prévaloir de la compensation effectuée avec une réserve sur laquelle elle n'aurait aucun droit.

§ 3. — *Le rachat des parts de fondateur ou d'autres titres de la Société*

175. Le problème du rachat par une Société de ses propres titres n'a pas à être repris ici dans son ensemble². Il est pourtant lié trop étroitement à la disparition des réserves pour être passé sous silence. Cet aspect du problème retiendra donc seul l'attention.

Il est admis généralement que la Société ne peut prélever les sommes nécessaires au rachat des parts de fondateur sur les fonds provenant du capital social. L'opinion contraire a été cependant soutenue³.

La doctrine et la jurisprudence condamnent le principe d'un tel rachat. Elles considèrent que semblable opération constitue « une réduction irrégulière et clandestine du capital social, gage des créanciers »⁴.

La loi du 23 janvier 1929 fournit un argument très sérieux à l'appui de cette opinion. L'article 8 dispose expressément que « la conversion des parts en actions ne peut avoir lieu que par l'affectation de réserves sociales d'un montant correspondant à l'augmentation de capital qui résulte de cette opération ». Sans doute le rachat et la conversion sont-ils deux opérations nettement distinctes, mais a-t-on dit, les conséquences du rachat et de la conversion seraient absolument identiques du point de vue qui nous occupe⁵. A l'appui de cette affirmation, on a avancé, en reprenant les termes du rapport présenté au Sénat, que l'actif social demeure inchangé, qu'il y ait ou non de parts.

Il n'est pas possible d'acquiescer à cette justification pour ce qui est du rachat des parts.

1. POUTE DE PUYBAUDET, *op. cit.*, p. 86.

2. A ce sujet : voir P. MOULIN, *Le rachat par une Société de ses propres titres*, Th. Paris, 1931 ; LAGARDE, « Du rachat de ses titres par une Société », *A.N.S.A.*, n° 8, 1935 ; P. VEAUX-FOURNERIE, *L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la Société émettrice*, 1953.

3. HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, t. 1, n° 541.

4. Cass., 20 juin 1917, S., 1918.133 ; *J. Soc.*, 1918.305.

5. RAULT, *Traité des parts de fondateur*, p. 105.

L'opération est en effet décidée en vue de leur disparition. La Société en décaisse le montant, sans qu'aucun bien ne vienne remplacer les sommes versées dans le patrimoine social. Le rachat des parts a pour conséquence inéluctable une diminution de l'actif social. Cette diminution de la situation nette résulte d'une décision volontaire des associés. Elle ne peut donc porter l'actif net en dessous du capital social. Il est indispensable que les associés disposent de créances internes excédant le capital, c'est-à-dire de réserves au moins égales à la somme à décaisser. L'opération s'analyse en une distribution de réserves, dont bénéficie une seule catégorie d'ayants-droit, et ce pour épuiser leurs droits actuels et futurs.

Dans ces conditions est-il possible de procéder au rachat, si les conditions de l'article 8 ne sont pas remplies ? Il paraît bien sembler que non. La décision rendue par la Cour de Paris dans l'affaire de la « Compagnie minière de l'Oubangui oriental » pourrait cependant en faire douter¹.

L'espèce présentait quelque originalité. L'annulation des parts avait été décidée, moyennant attribution aux porteurs d'un droit préférentiel de souscription à une augmentation de capital. Ce droit était négociable pendant la durée de la souscription. La Banque d'Indochine devait souscrire les actions pour lesquelles aucun droit n'aurait été utilisé ; mais elle tiendrait ensuite pendant un an ces actions à la disposition des anciens porteurs, moyennant paiement du prix d'émission, ou bien les vendrait en bourse et remettrait à l'intéressé la différence entre le prix de vente et le prix d'émission.

L'opération était susceptible de s'analyser de différentes manières. Les premiers juges, retenant que le résultat final étant de remplacer les parts bénéficiaires par des actions, y avaient vu une conversion. La Cour de Paris ne s'est pas rangée à ce point de vue. Elle a considéré que la suppression des parts avait eu avec le droit de souscription une contrepartie suffisante pour que les porteurs ne soient pas contraints de souscrire aux actions nouvelles. Il s'agissait dès lors d'un procédé *sui generis*, présentant plus de ressemblance avec un rachat qu'avec une conversion. Mais il ne s'agissait pas non plus d'un véritable rachat et il n'y avait dès lors pas lieu d'appliquer l'article 8.

On doit donc se garder d'interpréter cet arrêt comme permettant le rachat, même lorsque les conditions de l'article 8 ne sont pas remplies. Au contraire, ce texte doit s'appliquer au rachat proprement dit. N'aurait-il pas été écrit, que la solution se serait imposée².

176. Le principe de fixité du capital interdit le rachat des parts de fondateur au moyen de fonds provenant de ce capital, ce qui s'explique aisément puisque les parts sont détruites et l'actif social diminué sans contrepartie pour les tiers.

En va-t-il de même pour les autres titres émis par la Société ?

Ici, il convient de distinguer le rachat des actions et celui des obligations.

a) Dans la théorie jurisprudentielle, si la somme nécessaire à l'acquisition d'actions provient du capital, le rachat équivaudra, pour les créan-

1. Paris, 15 juillet 1952, D., 1952.J.727, note Ripert.

2. RIPERT, note citée. Cf. également : J. NOIREL, *op. cit.*, nos 99 à 101.

ciers sociaux, à une restitution d'apport à l'actionnaire vendeur. Par contre si le prix des actions acquises peut être payé à l'aide de fonds prélevés sur les bénéfices ou les réserves il n'y aura plus véritablement restitution d'apport. La situation nette reste supérieure au montant du capital. L'associé vendeur, en recevant paiement du prix de ses actions, retirera en quelque sorte le montant de son apport, mais il ne retirera pas son apport lui-même. A cet égard, le rachat par la Société à l'aide de réserves ou de bénéfices est assez proche de l'amortissement financier qui suppose, lui aussi, un prélèvement par l'actionnaire du montant de sa mise¹.

L'assimilation du rachat à l'amortissement est maladroite, sinon erronée, ainsi qu'il est facile de le prouver.

Il a été vu que l'amortissement intégral du capital est possible dès lors qu'il existe des réserves excédant le montant de ce capital. Mais c'est alors l'intégralité du capital qui peut être remboursée. D'autre part on ne rembourse que du capital.

La solution est fort différente, dans l'hypothèse du rachat d'actions : l'intégralité ne peut être rachetée. Au surplus, le « remboursement » opéré porte sur du capital et des réserves.

Lorsqu'une Société possède des réserves, la valeur de l'action est supérieure à son nominal. Ainsi une Société dont le capital C serait divisé en n actions, possédant des réserves R, verrait la valeur de chaque titre s'établir à $\frac{C + R}{n}$. Chaque fois qu'elle rachète une action, elle décaisse la

part de capital $\frac{C}{n}$ et la part de réserves $\frac{R}{n}$.

Or seul le montant des réserves peut être utilisé pour racheter des actions. Le maximum de titres qui puissent ainsi être acquis est égal au quotient des réserves par la valeur des actions, c'est-à-dire $n \frac{R}{C + R}$.

Il est évident que l'ensemble des actions ne peut être racheté, sous peine d'amener la situation nette en-dessous du Capital Social.

A cela on peut être tenté d'objecter que la situation nette ne varie pas, puisque des titres viennent s'ajouter à l'actif, dont la valeur ne varie pas non plus. Il est exact que les actions gardent la même valeur, mais cela n'est vrai que pour les titres détenus par d'autres que la Société. Que celle-ci soit mise en liquidation, les actions qu'elle détient seront sans valeur. Même si l'on admet que la confusion n'est pas une cause automatique d'extinction des créances, elle n'en paralyse pas moins leur exercice. A l'égard des créanciers sociaux tout se passe exactement comme si la situation nette avait bien diminué. Cette diminution peut bien leur être imposée mais à la condition essentielle de ne pas avoir pour conséquence d'amener l'actif net à un niveau inférieur au capital social.

Sous l'angle de la disparition des réserves, il est donc certain que le rachat d'actions a en tout état de cause une incidence au moins théorique.

1° Si ce rachat a été fait en vue de la destruction des titres, deux solutions sont concevables : — réduire le capital social et les comptes de

1. VEAUX-FOURNERIE, *op. cit.*, n° 97 et s.

réserves proportionnellement aux acquisitions effectuées, mais de manière que le nouveau capital augmenté du nouveau chiffre des réserves soit égal à l'ancien capital ; — ou bien ne pas réduire le capital, en rétablissant l'harmonie entre le chiffre du capital et la valeur nominale des actions restées en vie, et en imputant la totalité de l'opération sur les réserves. Dans le premier cas la réserve ne disparaît pas totalement, mais le surplus est frappé d'indisponibilité, dans le second la réserve disparaît intégralement. Dans l'une et l'autre hypothèse, on assiste bien à une diminution du passif interne liée à une diminution de la situation nette. Ces diminutions sont rendues apparentes.

2^o Si au contraire le rachat a été fait en vue de la revente, les actions doivent alors être assimilées à des titres quelconques. Ceci n'est possible que si le nombre d'actions rachetées est peu important¹. C'est alors un problème de représentation des réserves qui se pose, puisqu'on peut admettre que le rachat d'un très petit paquet d'actions est sans influence sur leur valeur, et que la situation nette n'en subit pas le contrecoup. Mais si la Société rachète une quantité notable d'actions, et les fait figurer à son bilan pour leur valeur d'achat, il faut décider que le bilan présenté n'est plus exact. On est en présence d'une disparition occulte de réserves qui entraîne la mise en jeu de la responsabilité des administrateurs de la Société.

b) La prohibition de principe qui frappe l'acquisition de ses titres par la Société au moyen de fonds prélevés sur le capital est écartée par la jurisprudence lorsque l'opération doit permettre l'extinction de dettes sociales, d'un emprunt obligataire en particulier.

L'exception est, en vérité, beaucoup plus apparente que réelle. Le principe de fixité du capital ne s'est jamais opposé à l'extinction du passif externe, puisqu'il a pour but essentiel de garantir cette extinction.

De surcroît une telle opération est sans influence sur la situation nette, puisque par hypothèse, la diminution de l'actif a pour conséquence une diminution équivalente du passif externe.

1. Le chiffre de 10% des actions est le maximum admissible.

CHAPITRE III

LA DISPARITION DES RÉSERVES SANS DIMINUTION DU PASSIF INTERNE

177. La somme des capitaux propres laissés à la disposition de la société par les associés donne naissance au profit de ces derniers à une série de créances dont le tout forme le passif interne. La première dans le temps est constituée par le capital social. Au fur et à mesure du développement ultérieur de l'entreprise, sa situation nette augmente. Avec ces augmentations apparaissent de nouvelles créances internes : les réserves.

Il est constant que les besoins en capitaux d'une société vont normalement en s'accroissant. Par suite toute disparition de réserves se traduisant par un retrait de capitaux, c'est-à-dire par une diminution du passif interne, est fort gênante pour l'entreprise.

Il faut se garder de conclure que toute disparition des réserves est fâcheuse. Bien au contraire il est souvent de l'intérêt de la société qu'une telle disparition soit décidée. L'affirmation semble pour le moins paradoxale. Il n'en est cependant rien. C'est qu'en effet la disparition d'une réserve n'a pas pour conséquence inéluctable une diminution des capitaux propres : *la disparition peut se produire sans entraîner une diminution du passif interne.*

Pour s'en persuader il n'est besoin que de songer à l'hypothèse où un compte de réserve est viré à un compte de même nature. Une réserve disparaît, mais une autre s'accroît ; le total du passif interne demeure inchangé. Il peut se faire, par exemple, que des sommes inscrites au poste « Report à Nouveau » se révèlent superflues pour distribuer un dividende normal à la fin de l'exercice suivant. Les administrateurs peuvent alors demander aux actionnaires de laisser ces capitaux à la disposition de la société, d'une manière plus stable, en gonflant un compte de réserve extraordinaire déjà existant. Ou bien encore, dans le dessein de porter immédiatement la réserve légale à son maximum, il peut être décidé de lui virer une partie de la réserve de primes d'émission. Ce procédé de dotation exceptionnelle du fonds légal entraîne la disparition de tout ou partie d'un autre compte de réserve, sans que le passif interne en soit affecté.

Au surplus cette hypothèse est assez rare, et ne présente pas de particularités réellement intéressantes.

En revanche, l'*incorporation des réserves au capital social* mérite une étude détaillée. Comme son nom même l'indique, cette opération consiste à faire disparaître un compte de réserve, pour l'incorporer au capital qui va donc se trouver augmenté. Le passif interne ne subit aucune modification quantitative. Seul son ordonnancement intérieur va changer. Au vrai, une telle augmentation du capital n'est pas sans surprendre, de prime abord. Traditionnellement le compte capital enregistre les apports faits par les actionnaires. Or ici on voit mal ce que les associés apportent. Il ne s'opère apparemment du moins, aucun transfert de propriété de leurs patrimoines individuels à celui de la société. Comment dès lors convient-il d'analyser l'opération ? Est-elle licite ? Quelles en sont les modalités ? Ce sont là autant de questions auxquelles une réponse s'impose.

Il est toutefois une modalité spéciale de l'incorporation de réserves qui présente des particularités propres. *La conversion des parts de fondateur* en actions, prévue par l'article 8 de la loi du 23 janvier 1929, ne peut se faire que s'il existe des réserves qui puissent être affectées à l'augmentation de capital correspondante. Des conditions propres à cette conversion existent qui doivent faire l'objet d'une étude spéciale.

Les deux paragraphes de ce chapitre seront donc consacrés respectivement à l'incorporation des réserves au capital, et à la conversion des parts de fondateur.

§ 1. — *L'incorporation des réserves au capital social*

178. Les multiples avantages que présente l'incorporation de réserves, montrent la très grande utilité de cette opération, et expliquent le succès qu'elle n'a cessé de connaître depuis bientôt cinquante ans. Ce succès est tel qu'on peut affirmer sans crainte d'exagération que de tous les procédés de disparition des réserves, l'incorporation au capital est de loin le plus employé.

Son incidence heureuse quant au crédit de la société n'a pas à être démontrée. Il est certain que l'augmentation de la portion du patrimoine social dont ils ne peuvent être volontairement privés, ne peut qu'accroître la confiance des créanciers sociaux. L'amenuisement progressif de la valeur du franc a eu, d'autre part, cette conséquence de détruire en fait l'effet du principe de fixité du capital. Aussi pour remédier à cette situation les sociétés se sont-elles trouvées dans l'obligation d'augmenter le chiffre de ce capital. La difficulté de le faire par l'adjonction de capitaux nouveaux jointe à l'extension de l'autofinancement ont conduit à la solution de l'incorporation de réserves.

Il convient d'ailleurs de noter que dans certains cas, une politique de prestige, pour ne pas dire une mégalomanie certaine, a poussé certaines sociétés à augmenter au maximum le chiffre de ce capital, pour lui faire dépasser si possible le milliard ; la conversion en nouveaux francs leur aura paru bien amère...

Du point de vue comptable, l'opération de transformation accroît incontestablement, a-t-on dit, l'exactitude des écritures en rapprochant

le chiffre du capital social du montant de l'actif net de la société¹. Dans la mesure où l'on admet comme un donné idéal la concordance entre capital et situation nette, cette opinion ne peut être contestée. La règle de fixité du capital met obstacle, pour les sociétés, à cette coïncidence. L'incorporation de réserve peut en favoriser la réalisation ; mais il faut bien convenir que le bilan ne gagne rien en exactitude à ce rapprochement.

Il est indéniable, par contre, que ce même rapprochement a une influence sur le cours des actions. Celui-ci tendra à devenir voisin de la valeur nominale des titres. En particulier lorsque l'opération se fait par la création d'actions nouvelles, les cours en bourse enregistrent une baisse. Le marché financier est ainsi élargi, le crédit de la société ne fait qu'y gagner. Cette conséquence normalement heureuse, implique pourtant une première limite à ce mode de disparition des réserves. Il sera à déconseiller chaque fois qu'il pourrait être susceptible de faire tomber le cours au-dessous de la valeur nominale.

La distribution d'actions gratuites, forme fréquente de l'incorporation, est très appréciée des ayants-droit. Ceux-ci peuvent de la sorte mobiliser leur droit théorique sur les réserves². S'ils ne le font pas, ils ont le sentiment de s'être enrichis et en savent gré à la société.

Les dividendes distribués ultérieurement se trouvent mieux en rapport avec le nouveau chiffre du capital. La partie représentant l'intérêt statutaire est, en effet, accrue, alors que le super-dividende diminue. L'argument démagogique tiré du rapprochement du nominal de l'action, et du dividende distribué perd toute sa valeur. Mais ici apparaît une seconde limite à l'opportunité de l'incorporation. Elle sera à déconseiller si les bénéfices espérés dans l'avenir doivent être insuffisants pour servir au nouveau capital l'intérêt statutaire.

Enfin et peut-être surtout, des considérations d'ordre fiscal engagent les actionnaires à faire disparaître les réserves³. L'expérience de multiples prélèvements « exceptionnels » sur les réserves prouve amplement la tentation que leur existence cause au fisc. L'expression de réserves évoque même chez le législateur, l'existence de disponibilités pléthoriques qui dans la détresse des finances publiques peuvent apparaître comme de bonne prise.

Ces différents avantages sont certains et leur perspective incite fortement à pratiquer une politique d'incorporations massives de réserves. Le résultat final spécifique de l'opération est un peu perdu de vue. Il convient pourtant de ne pas le négliger, car il est suffisant en soi pour justifier la décision des associés. Les capitaux propres laissés à la disposition de la société, sous forme de réserves, resteront toujours dans le patrimoine social, mais cette fois à titre de capital. C'est dire que ce maintien jusqu'alors précaire acquerra une stabilité infiniment plus grande. La société se trouvera ainsi à l'abri d'une demande de retrait émanant des actionnaires. Les réserves échappent à la convoitise de certains associés, dont l'appétit n'est pas moindre que celui du fisc...

1. MICHEL, « L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942 », *Gaz. Pal.*, 1943.1.Doct., 1.

2. RIEPERT, *op. cit.*, n° 1.400.

3. Cf. *infra*, 3^e partie.

A. — *Réserves susceptibles d'être incorporées au capital.*

179. Au surplus cette pratique d'incorporation de réserves à outrance est largement favorisée par le fait que toutes les réserves sont susceptibles de venir s'ajouter au capital social.

Sans doute faut-il que ces réserves figurent au bilan, pour que l'opération soit réalisable. Par contrecoup, les réserves occultes et potentielles se trouvent exclues. Ceci paraît donc en contradiction avec l'affirmation qui précède que toutes les réserves sont susceptibles d'être incorporées au capital. La licéité de l'incorporation de ces réserves « occultes » ou « latentes », au sens traditionnel, a fait l'objet de vives controverses¹. Il serait sans intérêt de les rouvrir. Il ne faut pas s'y tromper. L'impossibilité d'incorporation de ces réserves est due bien moins à leur nature même qu'à leur non révélation au bilan. Leur défaut d'inscription n'empêche nullement qu'il s'agisse de capitaux propres maintenus à la disposition de l'entreprise. La preuve en est d'ailleurs que leur distribution déguisée est sanctionnée au même titre que celle des réserves apparentes. La disparition de ces réserves est toujours possible, mais un préalable indispensable la conditionne : leur révélation².

Toute réserve figurant dans les comptes sociaux peut donc disparaître par voie d'incorporation dans le capital social. La question ne fait aucune difficulté, qu'il s'agisse de réserves extraordinaires, de la réserve spéciale de réévaluation. Les primes d'émission n'échappent pas davantage à la règle ; ce qui est tout à fait logique puisqu'elles correspondent à un complément d'apport.

Ceci est vrai également pour la réserve légale dont certains affirment qu'elle ne saurait disparaître par absorption dans le capital³. L'argument principal actuellement avancé est que d'après la loi elle-même, le fonds de réserve légal doit demeurer en dehors du capital, puisqu'elle doit être reconstituée chaque fois qu'elle a été employée à secourir la société pour lui permettre d'éviter une réduction de capital. On voit mal en quoi le but recherché par le législateur ne serait pas atteint du fait de l'incorporation de la réserve légale au capital. L'indisponibilité de ce compte assure une protection plus efficace encore des créanciers sociaux. De plus la constitution d'un nouveau fonds va s'imposer, augmentant ainsi la garantie des tiers.

D'autres arguments ont été avancés, qui débordent le simple problème de détermination des réserves incorporables. En effet, a-t-on dit, une augmentation de capital ne se conçoit que si des apports complémentaires sont faits à la société. L'incorporation des réserves doit donc s'analyser en une distribution de ces réserves, suivie d'une souscription d'actions

1. Cf. principalement PERCEROU, « La transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social », *J. Soc.*, 1921.145 ; HOUPIŒ, « De la constitution des plus-values de l'actif dans les bilans des sociétés par actions et de leur incorporation au capital », *J. Soc.*, 1923, p. 489 et s.

2. Cf. sur cette question : cf. *supra*, n°s 120 et 125.

3. Cf. p. ex. : MOREAU, *op. cit.*, n° 318. Il est intéressant de noter que la loi allemande du 23 décembre 1959 donne la solution inverse.

dont la libération est faite au moyen des sommes distribuées. La réserve légale étant insusceptible de répartition aux ayants-droit, son incorporation est impossible. Ce raisonnement séduisant met en jeu la nature même de l'opération. Il convient donc de l'analyser d'une manière approfondie.

B. — *Nature juridique de l'incorporation de réserves.*

180. Il faut reconnaître qu'une telle interprétation de l'opération n'est pas sans quelque vraisemblance. Certaines décisions jurisprudentielles l'ont d'ailleurs accueillie. C'est ainsi, que le Tribunal de commerce du Havre¹, dans un jugement qui a eu son heure de célébrité, a pu déclarer en substance que l'augmentation de capital par incorporation de réserves s'analyse juridiquement en une répartition de réserves, suivie d'une souscription d'actions nouvelles. Si la première de ces mesures peut être valablement décidée par un vote majoritaire de l'assemblée, par contre l'attribution d'office d'actions nouvelles nécessite le consentement individuel de tous les actionnaires dont elle aggrave les engagements, en les privant de la possibilité de recevoir librement et en espèces leur part des réserves qui jusque là était disponible. D'autre part une telle opération ne serait régulière qu'autant que l'ensemble des formalités exigées pour toute augmentation de capital auraient été observées.

D'une telle analyse de l'incorporation de réserves, il découle deux conséquences qui sont également inadmissibles. Elles méritent de retenir successivement notre attention.

I. — La première conséquence est de considérer que l'opération, augmentant les engagements des actionnaires, tombe sous le coup de l'interdiction édictée par l'article 31 de la loi de 1867 et n'est possible qu'à l'unanimité.

Cette thèse avait reçu l'appui d'une partie de la doctrine².

Le point de départ du raisonnement de certains auteurs réside dans l'impossibilité d'augmenter le capital social sans que des apports correspondants soient faits à la société. La difficulté consiste alors à préciser la nature des apports. Aucun élément particulier de l'actif ne représente matériellement les réserves. Un apport en nature n'est donc pas possible. Au surplus il faudrait considérer que tous les actionnaires sont apporteurs, la procédure de vérification serait impossible puisqu'il ne resterait personne ayant voix délibérante dans les assemblées à caractère constitutif. Il n'est pas davantage possible, dans la quasi-totalité des cas, de soutenir qu'il y aurait un apport en numéraire, la société ne disposant pas des liquidités correspondant au montant des réserves. Mais ce serait oublier que sauf le cas de la libération du premier versement exigible sur les actions souscrites à la constitution de la société, il n'est pas nécessaire que les sommes correspondantes soient effectivement versées dans les caisses sociales. La compensation est possible. Sans doute faut-il pour qu'elle puisse jouer que la créance soit liquide et exigible. Il suffit alors d'ima-

1. Trib. com. Le Havre, 4 août 1933 (*J. Soc.*, 1935, p. 440, note H. L.).

2. Voir principalement : HOUPIŒ et BOSVIEUX, *op. cit.*, jusqu'à la 6^e éd.

giner « que les actionnaires ont eu, pendant un instant de raison, un droit de créance sur les réserves, dont aussitôt ils sont devenus débiteurs, comme souscripteurs d'actions nouvelles »¹.

La décision de l'assemblée générale ouvrirait bien un droit de créance aux actionnaires, mais pour les obliger à compenser aussitôt cette créance avec la dette provenant de la souscription des actions. Il en découle que les actionnaires ont bien vu leurs engagements s'accroître, puisqu'ils ont été forcés d'opérer en fait un versement supplémentaire dans les caisses sociales. Le caractère indirect, né de la compensation ne change rien à la question. Ce versement supplémentaire équivaut à une augmentation des engagements des actionnaires. Une telle opération n'est possible qu'avec leur consentement unanime. A moins encore de la déclarer facultative. L'argument tiré de la violation de l'article 31 est alors sans valeur, chaque actionnaire restant libre de souscrire à l'augmentation de capital ou de percevoir sa part de réserve.

Il n'a pas été difficile de mettre en relief le caractère singulier de cette émission d'actions dont la souscription serait collective et obligatoire, alors qu'elle ne se conçoit qu'individuelle et facultative. La reconnaissance de ce caractère facultatif pourrait sembler résoudre le problème. Mais l'opération se ramène alors à une augmentation de capital ordinaire. Elle a d'ailleurs reçu le qualificatif d'incorporation « indirecte », et n'est en fait qu'une parodie d'incorporation de réserves. Elle se décompose, en effet, en une décision de distribution, ou si l'on préfère de disparition de la réserve liée à la diminution du passif interne, et en une augmentation de capital qui aura pour résultat de rétablir le chiffre de ce passif interne à son niveau ancien. Cette analyse ne peut être admise puisque la disparition de la réserve n'a pas pour conséquence la diminution du passif interne.

Mis à part quelques résurgences exceptionnelles, cette doctrine est aujourd'hui abandonnée. La thèse développée par Thaller a fait l'unanimité. Elle part de la constatation déjà énoncée², que « le capital marque une ligne d'arrêt toute idéale, tracée dans l'actif, au-delà de laquelle toute répartition devient illicite et qui protège le gage des créanciers contre tout amoindrissement. » Le chiffre de ce capital n'est pas davantage assimilable aux apports qu'à l'actif de la société. Au contraire le capital nominal est abstrait, c'est une mesure. Si donc le chiffre de l'actif net augmente au-delà du capital, c'est-à-dire si la société possède des réserves, leur incorporation se trouve simplement augmenter les dimensions du cercle idéal que constitue le capital. Il ne s'opère aucun transfert de propriété. Il ne peut y avoir dès lors aucune augmentation des engagements des actionnaires.

Eclairée à la lumière du concept de passif interne, cette vérité n'est pas moins évidente. A la situation nette correspond une série de créances dont le tout forme le passif interne. Entre les réserves et le capital il n'y a qu'une différence de degré, quant à la possibilité de les déclarer exigibles. Pour le surplus, capital et réserves présentent des caractéristiques identiques, spécialement ils sont également collectifs. Il est tout à fait normal de dé-

1. HOUPIŒ, *J. Soc.*, 1908, p. 135.

2. Cf. *supra*, n° 29 et s. ; THALLER, *op. cit.*

duire de ce caractère collectif, la possibilité pour la majorité de changer le régime d'une réserve, par exemple de la rendre indisponible en l'incorporant au capital, exactement comme elle aurait pu la déclarer exigible. La délibération n'a d'autre effet que de modifier la structure du passif interne. Elle est sans influence sur la consistance de l'actif. Il n'est pas besoin d'imaginer le *deus ex machina* d'une distribution suivie d'un apport. Partant, il ne saurait être question de voir une augmentation des engagements des actionnaires. Le caractère collectif des créances de passif interne, met bien en relief cette évidence.

181. II. — La deuxième conséquence de l'analyse de l'incorporation de réserve, telle qu'elle ressort du jugement précité du Tribunal de commerce du Havre, est la nécessité de respecter toutes les formalités légales applicables aux augmentations de capital.

A première vue, il n'y a rien là qui doive choquer. S'agissant de porter le capital à un nouveau chiffre, et ainsi de modifier le texte des statuts, il est normal de prévoir que l'assemblée extraordinaire sera seule compétente, et que les autres règles en découlant devront être respectées.

Au contraire, dès que l'on envisage d'autres formalités caractéristiques des augmentations de capital, leur application soulève de multiples difficultés. Etant admis que « l'apport » n'est pas fait en nature, mais en numéraire avec libération par compensation, il y aurait lieu de faire une déclaration notariée de souscription et de versement, en conformité de l'article 1^{er} de la loi de 1867. Mais outre les difficultés résultant de l'existence d'actions au porteur, il sera impossible de fournir les bulletins de souscription. L'unanimité a certes été obtenue, par hypothèse ; un changement de position ultérieur de la part d'un actionnaire risque de paralyser la poursuite de l'opération.

La nature réelle de l'incorporation de réserve n'exige nullement l'accomplissement de ces formalités, aucun apport nouveau n'étant fait.

Lorsque les participants à l'augmentation de capital sont les actionnaires, aucun autre obstacle ne surgit. Il en va différemment si d'autres ayants-droit sont appelés à prendre part à l'opération, des porteurs de parts de fondateur en particulier. Le résultat de l'incorporation va être a-t-on dit, de laisser souscrire des actions de numéraire par d'autres que les actionnaires. Ne faut-il pas alors respecter les dispositions des articles 5 et suivants du décret-loi du 8 août 1935, ayant créé au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital, sous peine d'encourir les sanctions édictées par les articles 8 et suivants du même texte ? Le respect de ces dispositions ne s'impose certainement pas.

Pourtant, une décision du Tribunal correctionnel de la Seine a répondu par l'affirmative¹. Bien qu'il se soit agi en l'espèce de la conversion de parts de fondateur, la décision semble être applicable à toute incorporation de réserve faite au profit de personnes autres que les actionnaires. Le tribunal retient que les porteurs de parts sont des tiers par rapport aux actionnaires. Il y a émission d'actions ouverte à ces tiers. Les actions

1. Trib. corr. Seine, 10 avril 1941, *J. Soc.*, 1941, p. 183. Note CORDONNIER, *D. A.*, 1941 p. 285 ; *Gaz. Pal.*, 1941.1.JP.490.

ainsi créées sont bien des actions de numéraire puisqu'elles sont payées par compensation avec le crédit résultant de l'attribution d'une partie des réserves ; d'ailleurs n'étant pas des actions d'apport, on ne voit pas ce qu'elles pourraient être sinon des actions de numéraire. Les dispositions du décret-loi de 1935 sont donc applicables.

Ce jugement a fait, un temps du moins, jurisprudence. Voulant briser une thèse bien assise de la doctrine, cette dernière l'a vivement critiqué. Pour elle, la réponse ne saurait être que négative. Le droit préférentiel de souscription ne joue que lorsqu'il y a des actions de numéraire à souscrire. Au cas présent, il n'y a ni souscription, ni libération. Le tribunal a bien vu la faille dans son raisonnement et s'efforce de la dissimuler en affirmant que la souscription résulte de la décision de l'assemblée générale, sans pour autant la qualifier de collective.

Le droit préférentiel de souscription n'a à jouer que si l'incorporation est indirecte, c'est-à-dire facultative, et se ramène en fait à une augmentation de capital ordinaire, la distribution préalable de la réserve n'ayant aucune incidence à ce sujet. On est alors en face de l'hypothèse envisagée par l'article 1^{er} du décret-loi de 1935, celle d'une souscription d'actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital.

L'analyse de l'incorporation directe d'une réserve dans le capital social a démontré que l'augmentation de ce poste ne provient pas d'apports nouveaux. Cette vérité a échappé au Tribunal correctionnel de la Seine qui a nié la possibilité d'une augmentation de capital sans apports. Il n'y a pas comme il semble le dire, deux, mais trois catégories dans ces opérations : celles comportant l'adjonction d'éléments supplémentaires, apports en nature ou en espèces, celle ne comportant l'introduction d'aucun bien nouveau dans le patrimoine social, l'incorporation de réserves. En d'autres termes encore, l'augmentation de capital peut avoir pour conséquence une augmentation du passif interne, ou laisser ce passif inchangé. Ce que vise le décret de 1935 c'est le cas d'une augmentation de capital entraînant celle du passif interne, et à la condition encore que les apports soient de numéraire. Ce serait un contre sens grave que de vouloir appliquer ce texte à l'incorporation de réserves, qui est sans incidence sur le montant du passif interne.

Les décisions de jurisprudence ultérieures se rangent à cette opinion.

C'est ainsi que le Tribunal de commerce de la Seine¹ a affirmé le principe que l'article 1^{er} du décret-loi de 1935 est inapplicable lorsque l'augmentation de capital a été réalisée non par une souscription en numéraire, mais par l'absorption d'une réserve. En l'espèce, les formalités de renonciation avaient d'ailleurs été observées, et le tribunal n'a pas manqué de le relever, bien qu'il conteste la valeur de l'analyse décomposant l'opération en une distribution de réserve suivie d'une souscription assimilable à un versement en numéraire.

Un arrêt de la Cour de Lyon² est beaucoup plus catégorique. Il rejette une analyse qui « repose sur une double fiction, méconnaît la réalité et

1. Trib. com. Seine, 17 janvier 1949, S., 1949.2.161, note Dalsace. *J. Soc.*, 1951, p. 367.

2. Lyon, 5 février 1951, *J.C.P.*, 52.II.6673, note Bastian. Cf. au surplus J. NOIREL, *op. cit.*, n^{os} 129 et s.

dénature l'opération». La Cour ajoute, après avoir démontré le véritable caractère de l'incorporation de réserves, que celle-ci « ne consiste pas en deux opérations imaginaires, mais en une opération réelle unique; leur montant qui figurerait au passif du bilan y est demeuré avec une affectation nouvelle, et n'est à aucun moment sorti du patrimoine social ».

On est en droit de considérer comme acquise l'adoption par notre droit positif de la thèse défendue par Thaller, qui aura réalisé l'unanimité de la doctrine, avant de faire celle des tribunaux.

C. — *Modalités de l'incorporation de réserves.*

182. Ainsi l'incorporation de réserves apparaît comme une augmentation de capital, à laquelle l'absence d'apports extérieurs donne un caractère très particulier. Les modalités de l'opération sont influencées par cette originalité. Celle-ci n'écarterait pourtant les règles classiques des augmentations de capital, que dans la seule mesure où une incompatibilité pourrait se révéler.

En particulier, les règles gouvernant les augmentations de capital conservent leur plein empire pour la décision d'incorporation des réserves. S'agissant de modifier la loi interne de la société, l'Assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour voter la transformation des réserves en capital. Cette solution est en outre logique, étant donné la gravité de la décision. L'exigibilité de la réserve va se trouver retardée jusqu'à la dissolution de la Société. L'intérêt des actionnaires impose que l'Assemblée extraordinaire soit seule compétente pour prendre cette décision. Les conditions de validité de la réunion d'un tel type d'assemblée doivent être observées, aussi bien pour la convocation, la mise à disposition des actionnaires du texte des résolutions, que pour le quorum à réunir et la majorité nécessaire pour l'adoption des résolutions proposées. La publication doit être faite comme pour toute décision entraînant modification des statuts. Le plus souvent d'ailleurs, l'assemblée se contente de prendre une décision de principe, laissant au Conseil d'administration le soin de fixer le montant exact de l'opération (un plafond est seul donné), sa date et ses modalités pratiques lorsqu'une option est possible. Un coupon est également affecté à la représentation du droit d'attribution, coupon éventuellement négociable, comme un droit de souscription notamment pour régler les difficultés nées de l'existence de rompus¹.

Deux modalités sont à la disposition des actionnaires pour réaliser l'augmentation de capital : la création d'actions nouvelles, ou l'élévation du nominal des actions existantes. C'est là une première conséquence du caractère original de l'opération. En cas d'augmentation de capital par apports extérieurs, élever le nominal des actions anciennes est en effet impossible. Cela reviendrait à obliger les titulaires de ces actions à faire

1. Il convient toutefois de bien distinguer le droit d'attribution du droit de souscription. Spécialement, ce dernier perd toute valeur s'il n'a pas été utilisé pendant le délai de souscription. Au contraire, le coupon représentant le droit d'attribution matérialise en fait l'action nouvelle. En tant que tel, il faut décider qu'il est imprescriptible. En cela il se différencie du coupon de dividende qui se prescrit par cinq ans, au profit de l'Etat.

un nouveau versement et s'analyserait donc comme une augmentation de leurs engagements. Au contraire, dans l'hypothèse d'une incorporation de réserves, aucun apport nouveau n'étant fait rien ne s'oppose à ce que l'on procède à une telle élévation du nominal des actions existantes.

En règle générale le choix entre ces deux modalités est laissé à la liberté des associés. Les avantages et les inconvénients respectifs de l'une ou l'autre méthode guident seuls leur décision. La création d'actions nouvelles en vue de leur distribution est généralement plus appréciée des actionnaires. Permettant l'allègement du cours des actions en bourse, cette modalité rend de plus possible la mobilisation par les actionnaires de leur droit théorique sur les réserves ; ensuite elle est plus souple et convient mieux lorsque plusieurs catégories d'ayants-droit viennent en concours sur la réserve incorporée. L'élévation du nominal est plus économique pour la société : un simple estampillage suffit à matérialiser l'augmentation de capital. Tous les problèmes soulevés par l'existence de rompus sont également évités¹.

Dans certains cas pourtant le législateur a supprimé la liberté de choix des associés, en leur imposant de procéder par élévation du nominal des actions. En application des décrets du 30 octobre 1948 et du 4 août 1949, la distribution d'actions gratuites n'est pas toujours possible, pour les actions cotées en bourse du moins. L'élévation du nominal est obligatoire, lorsque son chiffre pour les actions anciennes est inférieur à 5.000 francs ou 1.000 francs selon qu'il s'agit ou non d'actions retirées de la C.C.D.V.T., ou lorsque le cours moyen de l'action pendant l'année précédente est resté inférieur à 20.000 francs ou 10.000 francs, selon également qu'il s'agit ou non d'actions retirées de la C.C.D.V.T.². Même dans ces hypothèses, la distribution d'actions gratuites reste néanmoins possible, mais à la condition que la société ait des actions de plusieurs catégories, et que l'opération tende à supprimer une ou plusieurs de ces catégories. L'émission d'actions au profit exclusif des porteurs de parts est assimilée au cas précédent.

Le caractère original de l'incorporation de réserve comporte d'autres conséquences, qui la font déroger au droit commun de la matière.

La libération intégrale du capital social est l'une des conditions normalement requises pour la validité d'une augmentation ultérieure de ce capital. Cette exigence résulte de l'article 4 de la loi du 4 mars 1943 qui dispose dans son premier alinéa qu'aucune augmentation de capital en numéraire ne peut, à peine de nullité, être réalisée si le capital ancien n'est pas, au préalable intégralement libéré. Les raisons qui ont conduit à écarter l'application du droit préférentiel de souscription, relatif aux seules augmentations de capital en numéraire, s'imposent de la même manière. L'absence de libération intégrale du capital ne peut faire obstacle à une incorporation de réserves.

1. Au surplus *supra*, n° 178.

2. La loi allemande précitée du 23 décembre 1959 pose des solutions sensiblement différentes. Aux termes de l'article 6 de ce texte, l'émission d'actions nouvelles est en principe seule possible. Ce n'est que si le montant nominal de certaines actions n'atteint pas cent D.M. ou un multiple de cette somme que l'on peut procéder à une élévation du montant nominal de ces actions.

La loi du 23 décembre 1946 soumet, par son article 82, à l'autorisation du ministre des Finances toute augmentation de capital, sous quelque forme que ce soit, si son montant est supérieur à 25 millions d'anciens francs. L'autorisation était en fait accordée automatiquement, sans qu'un dossier soit exigé, s'il s'agissait d'une incorporation de réserves¹. Aussi, depuis une lettre du ministre des Finances du 16 juin 1958, les augmentations de capital, dans le cas qui nous occupe, sont-elles dispensées d'autorisation ou d'avis, quel que soit leur montant, lorsque la valeur nominale des actions distribuées est supérieure ou égale à 5.000 francs. Elles restent soumises à autorisation lorsque leur montant excède 25 millions d'anciens francs et que la valeur nominale des actions est inférieure à 5.000 francs. Le maintien du droit commun est en ce cas plus apparent que réel, puisque l'autorisation permet d'assurer le respect des dispositions précitées sur les modalités de l'opération.

D. — *Bénéficiaires de l'incorporation de réserves.*

183. L'originalité de l'opération trouve d'autres occasions de se manifester, voire de soulever des difficultés propres. La détermination des bénéficiaires de l'incorporation de réserves n'est pas la moindre de ces questions.

Le problème peut tout d'abord se limiter aux rapports issus du démembrement de la propriété, entre usufruitier et nu-propriétaire d'actions essentiellement (I). Il présente alors un aspect qui le rapproche du droit civil. La qualification de fruit ou de réserve qui sera donnée aux actions distribuées, permettra de le résoudre.

Le problème se pose également dans les rapports internes à la société : entre les différents participants à la vie sociale. C'est alors l'analyse de l'opération qui donnera les directives de solution du conflit entre actionnaires et porteurs de parts de fondateur, ou entre actionnaires de catégories différentes (II).

I. — Les différends nés du démembrement de la propriété ont soulevé d'assez vives controverses. La jurisprudence a décidé très tôt, que les actions distribuées à titre d'augmentation de capital par incorporation de réserves doivent être attribuées au nu-propriétaire, l'usufruitier n'en ayant que la jouissance². Cette position est bien assise, les décisions ultérieures n'ont fait qu'en reprendre les termes, en étendant même la solution à l'incorporation indirecte, le nu-propriétaire pouvant seul prétendre aux sommes mises en distribution³.

Il ne faut s'attendre à aucun revirement de cette jurisprudence pleinement justifiée. Si les réserves sont, *a priori*, susceptibles d'être qualifiées de fruits ou de capitaux, au moment de leur disparition, ce n'est qu'autant que la nature même de cette disparition n'entraîne pas une qualification automatique. La décision de disparition par transformation en capital

1. Cf. communication de l'A.N.S.A., n° 590.

2. Cass. req., 14 mars 1877, S., 1878.1.5, note Labbé précité.

3. Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1922, *J. Soc.*, 1924, p. 127 ; Trib. civ. Seine, 28 mars 1930, *J. Soc.*, 1931, p. 573.

ne peut certes pas être analysée comme une répartition de fruits. L'usufruitier est malvenu de vouloir s'approprier les actions distribuées. On peut d'ailleurs se demander si la solution inverse était admise, comment il serait possible de remplir l'usufruitier de ses droits, en cas d'élévation du nominal des actions.

Cette solution s'applique *mutatis mutandis* aux rapports entre le patrimoine propre d'un époux, et la communauté.

Pour justifier cette solution, on a également avancé que les principes dégagés en matière de répartition en espèces d'un compte de réserve (à savoir qu'il convient d'appliquer les dispositions statutaires sur le partage du boni de liquidation) seraient également applicables en cas de distribution d'actions gratuites créées à titre d'augmentation de capital¹. Ce serait, en tout cas, par application de ces règles qu'il faudrait résoudre le conflit entre intéressés au passif interne.

184. II. — Sans doute les stipulations du pacte social concernant le partage de l'actif sont-elles de première importance. Encore faut-il pour décider que ce sont elles qui doivent régir la matière, ne pas suivre un raisonnement erroné.

Faute d'établir la démarche expliquant l'identité entre les bénéficiaires de l'incorporation de réserves, d'une part, et les bénéficiaires de leur distribution, d'autre part, on risque de créer une ambiguïté. Si l'opération est décomposée en deux phases : distribution et souscription, il est certain que les attributaires des actions nouvelles ne pourront être d'autres personnes que les ayants droit à la répartition en numéraire². Une telle analyse de l'incorporation de réserves étant manifestement inexacte, on pourrait être tenté de nier que les attributaires des actions nouvelles puissent être les mêmes personnes que celles venant à la distribution des réserves.

Au vrai, ce n'est pas à la suite d'un tel raisonnement que la doctrine est parvenue à la solution énoncée plus haut. Le motif qui a conduit à reconnaître la vocation aux réserves des ayants-droit au boni de liquidation, est l'analyse de leur disparition en un partage anticipé. Cette analyse serait valable dans tous les cas, distribution ou incorporation au capital. Une telle affirmation n'est pas pleinement convaincante. Le partage a pour effet de créer un droit privatif immédiat au profit des copartageants. La propriété des biens partagés leur est transmise par l'effet du partage. La distribution d'une réserve a bien une telle conséquence. Certains biens sortent du patrimoine social pour entrer dans celui des intéressés³. Rien de pareil ne se produit en cas d'incorporation de la réserve au capital. C'est un bien curieux partage, que celui qui n'opère aucun

1. AMIAUD, *op. cit.*, p. 183 ; CORDONNIER, *op. cit.*, p. 108 ; LECOMPTE et BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 33.

2. Sur une espèce semblant admettre une telle analyse : cf. Besançon, 5 juin 1957, D., 1957.J.605, note Dalsace.

3. Il faut, au surplus, appliquer le correctif important né de la personnalité morale. Les ayants-droit n'ont pas un droit réel sur certains biens, ils possèdent simplement une créance contre la société. L'analyse de l'opération de la mise à exigibilité d'une créance montre bien ce caractère.

transfert de propriété... et n'ouvre même pas un droit de créance externe actuel.

Le concept de passif interne aide, au contraire, à résoudre le problème, en évitant toute ambiguïté et toute construction peu conforme à la réalité. Entre les réserves et le capital il n'y a qu'une différence de degré. La transformation d'une réserve en capital, ce n'est rien d'autre qu'un changement de caractère de la créance collective des associés.

A la dissolution de la société, les associés viendront réclamer à titre de remboursement du capital, ce qui leur serait revenu au titre du boni de liquidation. C'est là la raison essentielle qui doit conduire à décider que les bénéficiaires des actions gratuites sont les participants au boni de liquidation.

La première directive dans la détermination des ayants-droit aux actions nouvelles est ainsi connue. Il ne faut pas que l'incorporation de réserve ait pour conséquence de donner le droit de prélever le montant de la réserve incorporée à d'autres qu'à ceux qui auraient normalement dû se partager ce montant comme boni de liquidation.

Mais à cela viennent s'ajouter d'autres considérations qui ne sont pas faites pour simplifier le problème. La création d'actions nouvelles a, en effet, une incidence immédiate. Elle va, en particulier, entraîner une élévation du plafond de la réserve légale. Elle va, de plus, accroître le montant des sommes à servir au titre du premier dividende. *Ipso facto*, le super-bénéfice va lui se trouver diminué. Certains associés ne pouvant prétendre qu'à une partie de ce super-bénéfice en subiront un préjudice. La deuxième directive sera donc d'éviter, dans toute la mesure du possible que l'incorporation de réserve entraîne des conséquences dommageables pour certaines catégories d'ayants-droit aux bénéfices d'exercice.

Le respect de ces directives est particulièrement difficile lorsqu'il existe des parts de fondateur dont les porteurs ont vocation au boni de liquidation.

Bien que l'opinion contraire ait été soutenue¹, la doctrine admet aujourd'hui dans son ensemble que la remise d'actions aux porteurs de parts n'est pas obligatoire. Le respect des droits pécuniaires des porteurs ne peut aller jusqu'à en faire des associés à part entière, accédant désormais aux assemblées générales des actionnaires pour y prendre part avec voix délibérante. Le droit de vote résultant de l'attribution d'actions dénature trop les rapports internes pour qu'on puisse admettre le droit absolu des porteurs de parts à l'attribution d'actions.

Cela ne signifie d'ailleurs pas que la remise d'actions aux porteurs de parts soit radicalement impossible. Elle est licite mais facultative², et ce aussi bien du côté de la société, que des porteurs de parts qui ne sauraient être contraints d'accepter des actions. On ne peut les transformer en actionnaires, même sans bourse délier, sans le consentement de la masse.

A supposer qu'elle ait lieu, l'attribution d'actions doit-elle se faire au prorata de la vocation statutaire des parts de fondateur dans la réserve ? Ou bien faut-il appliquer un correctif et en ce cas, comment le déterminer ?

1. HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e éd., I, n° 548 ; COPPER-ROYER, *op. cit.*, III, p. 59.

2. Cf. notamment : BASTIAN, « Les porteurs de parts de fondateur et l'incorporation au capital de la réserve spéciale de réévaluation », *J. Soc.*, 1950, p. 65 et s., spécialement p. 72 et les auteurs cités note 16.

Pour serrer le problème de près, il faut faire appel à des notions précises et à des connaissances algébriques élémentaires, seules susceptibles de donner aux solutions dégagées une valeur générale.

1° Incidence quant aux sommes recueillies à la dissolution de la société, de l'attribution aux parts de fondateur d'actions proportionnellement à leurs droits théoriques dans les réserves.

Soit P l'attribution globale faite aux parts à la dissolution, A l'actif net à la dissolution, C le capital social, n le pourcentage revenant aux parts dans le boni, m le pourcentage revenant aux actions dans ce même boni.

Le boni est égal à $A - C$. Les porteurs appréhendent $P = n(A - C)$.

A l'occasion de l'augmentation de capital, on a attribué aux parts n $(C_1 - C_0)$ de l'augmentation. Elles sont devenues propriétaires de $n \frac{(C_1 - C_0)}{C_1}$ de l'intégralité du capital.

A la liquidation elles toucheront donc n $(C_1 - C_0)$ à titre de remboursement du capital, à quoi s'ajoutera $(A - C_1)n$ comme boni de liquidation au titre des parts, et m $(A - C_1)n \frac{(C_1 - C_0)}{C_1}$ au titre de boni comme actionnaires.

$$P = n(C_1 - C_0) + n(A - C_1) + m(A - C_1)n \frac{C_1 - C_0}{C_1}$$

Il est bien évident que les parts seront avantagées si elles touchent plus après l'incorporation qu'elles n'auraient touché avant.

a) Si l'actif net est inférieur au capital initial, $A < C_0$, l'avantage est certain. Les parts n'auraient rien touché, alors qu'elles toucheront une part de l'actif en fonction de leurs droits dans le capital. P sera égal à $An \frac{(C_1 - C_0)}{C_1}$.

b) Si l'actif net est compris entre l'ancien et le nouveau montant du capital $C_0 < A < C_1$, il n'y aura pas de boni de liquidation, P sera égal à $An \frac{(C_1 - C_0)}{C_1}$. Alors qu'il y aurait eu un boni et que les parts auraient touché n $(A - C_0)$. Il y aura un avantage si $An \frac{(C_1 - C_0)}{C_1} > n(A - C_0)$ ou en divisant par n, si $A \frac{(C_1 - C_0)}{C_1} > A - C_0$ soit $AC_1 - AC_0 > AC_1 - C_0C_1$ ou en divisant par C_0 si $A < C_1$ ce qui est l'hypothèse.

c) Enfin si l'actif est supérieur au nouveau capital $A > C_1$.

Les parts toucheront $P = n(C_1 - C_0) + n(A - C_1) + m(A - C_1)n \frac{(C_1 - C_0)}{C_1}$ alors qu'elles auraient touché n $(A - C_0)$.

Elles seront avantagées si $n(C_1 - C_0) + n(A - C_1) + m(A - C_1)n \frac{C_1 - C_0}{C_1} > n(A - C_0)$ soit si $nC_1 - nC_0 + nA - nC_1 + n \frac{C_1 - C_0}{C_1} m(A - C_1) > nA - nC_0$ c'est-à-dire si $m(A - C_1)n \frac{C_1 - C_0}{C_1} > 0$.

Or par hypothèse $A > C_1$ et $C_1 > C_0$.

Dans tous les cas, l'avantage est évident.

2° Incidence quant aux bénéfices d'exercice de la même opération. P étant l'attribution globale faite aux parts, B le bénéfice, D le premier dividende, R la dotation pour la réserve légale, n et m la fraction revenant respectivement aux parts et aux actions.

Le super-bénéfice est égal à $B - (R + D)$.

Avant l'augmentation de capital les porteurs auraient eu

$$P = n [B - (R + D)].$$

Après cette augmentation, ils toucheront une partie du premier dividende égale à $D_1 n \frac{C_1 - C_0}{C_1}$, une partie du super-bénéfice comme porteurs de parts égale à $n [B - (R + D_1)]$ et une autre partie de ce super-bénéfice comme actionnaires égale à $m [B - (R + D_1)] n \frac{C_1 - C_0}{C_1}$

$$P = D_1 n \frac{C_1 - C_0}{C_1} + n [B - (R + D_1)] + m [B - (R + D_1)] n \frac{C_1 - C_0}{C_1}$$

a) Si le bénéfice est insuffisant pour doter la réserve légale et servir le premier dividende avant l'augmentation $B < R + D_0$. Les parts n'auraient rien touché alors qu'elles auront $P = (B - R) n \frac{C_1 - C_0}{C_1}$.

b) Si le bénéfice ne permet pas le service du premier dividende après l'augmentation du capital mais est supérieur au précédent $R + D_0 < B < R + D_1$.

Les parts toucheront grâce aux actions $n (B - R) \frac{C_1 - C_0}{C_1}$, alors qu'elles auraient touché $n [B - (R + D_0)]$. Elles seront avantagées si la première somme est supérieure à la seconde donc si $n (B - R) \frac{C_1 - C_0}{C_1} > n [B - (R + D_0)]$ ce qui après division par n et multiplication par C_1 peut s'écrire $(B - R) (C_1 - C_0) > C_1 [B - (R + D_0)]$ ou $BC_1 - BC_0 - RC_1 + RC_0 > BC_1 - RC_1 - C_1 D_0$ or $\frac{D_1}{C_1} = \frac{D_0}{C_0}$ ou $D_1 C_0 = C_1 D_0$ soit si $RC_0 - BC_0 + C_0 D_1 > 0$

ou encore $R - B + D_1 > 0$ c'est-à-dire si $R + D_1 > B$. Ce qui est l'hypothèse.

c) Lorsqu'enfin le bénéfice est supérieur à $R + D_1$. Les parts seront avantagées si ce qu'elles touchent c'est-à-dire $D_1 n \frac{C_1 - C_0}{C_1} + n [B - (R + D_1)] + m [B - (R + D_1)] n \frac{C_1 - C_0}{C_1}$ est supérieur à ce qu'elles auraient touché soit $n [B - (R + D_0)]$ soit après division par n si

$$D \frac{C_1 - C_0}{C_1} + B - R - D_1 + m [B - (R + D_1)] \frac{C_1 - C_0}{C_1} > B - (R + D_0)$$

ce qui donne en multipliant par C_1

$D_1C_1 - D_1C_0 - D_1C_1 + m[B - (R + D_1)](C_1 - C_0) > -D_0C_1$
 or $D_0C_1 = C_0D_1$.

Il reste comme condition $m[B - (R + D_1)](C_1 - C_0) > 0$.

Ce qui correspond à l'hypothèse C_1 étant supérieur à C_0 et B à $R + D_1$. Dans tous les cas encore les parts de fondateurs sont nettement avantagées.

Il est ainsi hors de doute que les parts de fondateur ne peuvent prétendre à une attribution proportionnelle à leurs droits dans le boni de liquidation. Outre l'avantage pécuniaire qui en résulterait, les porteurs de parts acquerraient un droit de vote dans les assemblées générales, droit difficilement appréciable en argent.

Un correctif s'impose donc.

Plusieurs solutions peuvent être suggérées pour rétablir l'équilibre. On peut songer par exemple à diminuer le pourcentage statutaire accordé aux parts dans le bénéfice annuel et le boni de liquidation, ou encore à diminuer le nombre d'actions à remettre aux porteurs de parts à l'occasion de l'incorporation de réserve.

Ces procédés peuvent être combinés, mais nécessitent également l'accord des actionnaires comme celui des porteurs de parts. Il est impossible néanmoins de trouver un coefficient mathématique pour calculer la diminution du droit des porteurs de parts¹.

Aussi tous les auteurs parlent-ils ici d'une transaction équitable devant intervenir entre les actionnaires et les porteurs de parts et prenant en considération tant les circonstances de fait que les perspectives d'avenir de la société. Cet accord transactionnel doit comporter des sacrifices et avantages mutuels se faisant plus ou moins équilibre sur le terrain de l'équité. Il est très difficile à réaliser.

La doctrine a alors suggéré de réserver les droits des porteurs de parts en leur reconnaissant une vocation exclusive sur le reliquat de la réserve non affectée à l'augmentation de capital au profit des actionnaires. Ce cantonnement se traduirait par la création d'un compte spécial « réserve appartenant aux parts », à laquelle serait virée une somme correspondant aux droits des porteurs de parts sur la réserve incorporée au capital, et qui serait censée être la propriété de ces derniers.

Cette solution, à première vue séduisante, n'est en réalité pas satisfaisante. La réserve affectée aux parts demeurerait soumise aux risques sociaux, et devrait en particulier servir à la compensation des pertes avant que ne soit entamé le capital nouveau représenté par les actions remises aux actionnaires. A la dissolution de la société, la répartition de la réserve entre les porteurs de parts serait subordonnée à l'existence d'un boni de liquidation suffisant, une fois remboursée l'intégralité du capital. En outre, les actions nouvelles étant assorties d'un droit au premier dividende, le droit des porteurs de parts aux bénéfices annuels subirait en fait les mêmes atteintes que s'il n'y avait aucun cantonnement.

Devant ces difficultés c'est dans une toute autre direction que l'on doit s'orienter pour trouver la solution du problème posé. Le résultat à atteindre

1. Voir à ce sujet la démonstration de M. DALSACE, « Observations sur la transformation des réserves en actions et les droits des porteurs de parts », *Experta*, 1948, p. 116. Cf. au surplus BASTIAN, *op.cit.*

est d'éviter que l'augmentation de capital ne nuise aux porteurs de parts, sans leur accorder des droits nouveaux. Il s'agit donc de maintenir les droits antérieurs des porteurs de parts sans leur conférer de nouvelles prérogatives immédiates.

On parvient à ce résultat en donnant aux porteurs de parts le droit de prélever à chaque répartition, des sommes égales à celles dont ils sont privés par suite des attributions faites aux nouvelles actions. Un tel système que MM. Lecompte et Bosvieux ont été les premiers à suggérer, se traduit par l'insertion dans les statuts de clauses de prélèvement en faveur des porteurs de parts¹.

On pourrait certes s'interroger sur la nécessité de telles stipulations, car il semble que l'inopposabilité de l'augmentation de capital ait lieu de plein droit à l'égard des porteurs de parts. La jurisprudence décide en effet, d'une façon générale, que les porteurs de parts ne peuvent se voir opposer les décisions des assemblées d'actionnaires portant atteinte à leurs droits statutaires, spécialement en ce qui concerne la répartition des bénéfices. Un arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1955 a même fait application de ce principe à notre matière². La Cour a déclaré inopposable aux porteurs de parts l'augmentation de capital par incorporation de réserves intervenue au profit des seuls actionnaires, pour cette raison que le calcul de la part de bénéfice revenant aux porteurs de parts a été modifié, aussi bien par suite du prélèvement complémentaire à faire pour doter la réserve légale, qu'à cause de l'augmentation du montant du premier dividende statutaire.

Il faut pourtant se garder de conclure trop hâtivement à l'inutilité des clauses de sauvegarde. La jurisprudence est loin d'être fixée quant à la portée exacte de l'inopposabilité. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Besançon du 5 juin 1957³ réduit considérablement la portée de cette inopposabilité. Tirant argument de la généralité des dispositions statutaires qui prévoyaient que le premier dividende se calculerait sur le montant du capital social, la Cour a conclu que les porteurs de parts devaient supporter le premier dividende afférent aux actions créées lors d'une incorporation de réserves. Par similitude de motif, le prélèvement supplémentaire pour doter la réserve légale est opposable aux porteurs de parts. Finalement, seul est garanti le droit des porteurs de parts dans les super-bénéfices, ce qui présente bien peu d'intérêt pour eux⁴.

1. LECOMPTE et BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 116 et s.; *adde*; BASTIAN, *op. cit.*, p. 86.

2. Paris, 3 février 1955, *J. Soc.*, 1956, p. 229.

3. Besançon, 5 juin 1957, D., 1957.J.605, note Dalsace.

4. Un exemple le fera mieux comprendre. Une société au capital de 100 millions, servant 5 % au titre de premier dividende, et distribuant le super-bénéfice à raison de 70 % aux actions, 20 % aux parts, 10 % au Conseil d'administration, réalise un bénéfice de 10 millions. Après dotation de la réserve légale (500.000 frs) et service du 1^{er} dividende (5 millions) les parts reçoivent 800.000 francs. Si le capital est doublé par incorporation de réserve, en appliquant la théorie jurisprudentielle, les parts ne recueilleront rien, puisque le premier dividende absorberait à lui seul l'intégralité des bénéfices. Il faudrait alors supposer un bénéfice de 12 millions par exemple, laissant un super-bénéfice de 1.400.000 francs pour que les parts puissent percevoir leurs droits qui auraient été de 1.220.000 francs. Encore faut-il faire abstraction des droits du Conseil d'administration. On voit donc que la sauvegarde des porteurs de parts est très hypothétique et bien souvent symbolique.

En résumé, devant l'impossibilité de trouver une solution rigoureuse au problème du respect des droits des parts, par l'attribution d'une partie des actions créées, et en présence d'une jurisprudence dont la portée exacte est floue, il semble préférable de conseiller l'insertion dans les statuts d'une clause rendant purement et simplement inopposable l'incorporation de réserves, à l'égard des porteurs de parts¹.

Il faut pourtant reconnaître que si une telle solution satisfait l'équité, elle présente des inconvénients pratiques considérables. Le calcul des droits respectifs des divers intéressés risque en particulier de devenir de plus en plus complexe, en cas d'alternance d'incorporations de réserves et d'augmentations de capital par apports extérieurs. La société ne peut qu'en être gênée. Et les problèmes nés de l'incorporation de réserves apparaissent, en définitive, comme un facteur supplémentaire qui doit contribuer à hâter la disparition des parts de fondateur.

Les mêmes difficultés surgissent s'il existe des actions de différentes catégories. Diverses solutions ont pu être avancées²; la meilleure semble être de faire abstraction de l'augmentation de capital pour le calcul des droits de chaque catégorie, à moins qu'il ne soit possible de profiter de l'occasion pour supprimer les différences existant.

E. — *Conséquences de l'incorporation de réserves.*

185. Les modalités de l'opération étant ainsi déterminées, et les difficultés ayant trait à la répartition des actions nouvelles résolues, il reste à définir quel est le régime de ces actions nouvelles, ou le cas échéant des actions anciennes dont le nominal a été élevé.

A vrai dire les problèmes sont peu nombreux et leur solution aisée.

Sous l'empire de la loi du 28 février 1941 restreignant la possibilité de conversion au porteur des actions, les titres créés en représentation d'une incorporation de réserves ne pouvaient revêtir cette forme qu'autant qu'elle était admise pour les actions anciennes. Par contre l'élévation du nominal n'avait aucune influence sur la forme des titres existants. Ces règles demeurent valables lorsque les statuts limitent la possibilité de conversion des actions. On ne pourrait pour soutenir que les actions nouvelles doivent être obligatoirement nominatives, tirer argument des dispositions concernant les actions d'apports, l'incorporation de réserves n'ayant rien de commun avec une augmentation de capital par apports en nature.

De même, il ne saurait être soutenu que l'article 3 de la loi de 1867 (rédaction du 7 décembre 1954) interdit la négociation des actions nouvelles au cours des deux années suivant leur création. Ce texte n'est pas

1. *Contra* BASTIAN, *op. cit.*, note 31, p. 86, qui retient le conflit possible entre actionnaires et administrateurs dans l'hypothèse où les bénéfices seraient insuffisants pour servir à la fois le premier dividende et les tantièmes. Ce serait le cas dans l'exemple de la note 26 *in fine*. Il paraît difficile pourtant de tirer argument d'un cas très particulier pour condamner le principe même de l'inopposabilité, alors surtout que les porteurs de parts sont étrangers au différend, surgissant entre actionnaires et administrateurs. L'article 11 de la loi du 4 mars 1943, dans sa rédaction de 1953, fournit d'ailleurs les éléments de solution de ce conflit.

2. Voir à ce sujet : LECOMPTE et BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 85 et s.

davantage applicable aux titres remis au propriétaire d'actions d'apports non encore négociables. Il fait cependant obstacle à la cession d'actions qui ne seraient pas encore détachées de la souche, malgré l'élévation de leur nominal.

Enfin les actions nouvelles ne pourront bénéficier du droit de vote double qu'après leur création et leur inscription nominative ininterrompue au nom du même actionnaire pendant ce délai. Quant aux actions dont la valeur nominale a été majorée par incorporation de réserves, elles sont indivisibles et jouiront du droit de vote double calculé sur le nouveau nominal¹.

§ 2. — *La conversion des parts de fondateur en actions*

186. Modalité particulière de la disparition des réserves sans diminution du passif interne, la conversion des parts de fondateur en actions présente quelques originalités qui méritent de retenir l'attention².

A la veille de la promulgation de la loi du 23 janvier 1929, la doctrine se divisait sur cette conversion. Certains y voyaient une attribution d'actions en rémunération de l'apport consistant dans l'abandon de leurs droits par les porteurs de parts. D'autres décomposaient l'opération en un rachat moyennant une certaine somme, souscription d'actions de numéraire et libération par compensation, sous la condition toutefois qu'il existe des réserves permettant le rachat.

La première opinion est difficilement soutenable. De la suppression des parts, ni la société elle-même ni ses créanciers ne retirent un profit direct justifiant une augmentation de capital, que Thaller qualifiait de « sortie du néant »³.

Quant à la seconde, elle repose sur une décomposition de l'opération, qui a été condamnée à propos de l'incorporation de réserves. Thaller proposait de concevoir la conversion, comme la suppression des parts, et le virement de la somme correspondant à l'augmentation du capital, du compte de réserve à celui du capital.

Ce point de vue l'a emporté. Le rapporteur du projet au Sénat indiqua, en effet, que l'existence ou la non existence des parts n'intéresse pas l'actif social ; elle n'intéresse que les droits des différentes parties prenantes dans la répartition des bénéfices. Telle est bien la conséquence de la conversion : le passif interne demeure inchangé. L'augmentation du capital n'est dès lors possible que s'il existe des réserves suffisantes.

L'article 8 de la loi de 1929 dispose donc que « la conversion des parts en actions ne peut avoir lieu que par l'affectation de réserves sociales d'un montant correspondant à l'augmentation de capital qui résulte de cette opération ».

Bien qu'adoptant l'idée qu'il y a une incorporation de réserves, de nombreux auteurs n'en continuent pas moins de rapprocher la conversion

1. En ce sens : CORDONNIER, *op. cit.*, p. 124.

2. Rappelons que pour éviter toutes fraudes, l'article 8 de la loi de 1929 interdit la conversion avant l'écoulement d'un délai de deux ans à partir de la création des parts.

3. *Bulletin Soc. et Lég.*, 1913, p. 59.

des parts de leur rachat. La raison en est compréhensible. Le montant d'une incorporation de réserves est normalement décidé en fonction d'un certain nombre de considérations ayant trait au cours des actions, ou au montant des bénéfices escomptés dans l'avenir. Dans le cas de la conversion de parts de fondateur la fixation du quantum de l'augmentation de capital n'est pas faite selon les mêmes critères. Il convient de tenir compte essentiellement de la valeur des parts de fondateur. Aussi est-on amené à songer à leur valeur de rachat pour déterminer les bases de l'opération. Ce rapprochement n'est pas sans danger. Le rachat des parts a pour objet leur disparition, sans que de nouveaux droits soient reconnus à leurs propriétaires. La conversion confère au contraire de nouvelles prérogatives aux anciens porteurs, et ce non seulement sur le plan pécuniaire, mais encore sur le plan de la vie sociale (acquisition du droit de vote en particulier). Aucune formule mathématique ne peut être employée, et en tout cas la valeur des parts n'est qu'un élément du problème. Un accord devra être obtenu qui réunisse le consentement des actionnaires comme des porteurs de parts.

Une question particulière s'est posée quant aux réserves susceptibles d'être affectées à la conversion des parts. On a soutenu que les actionnaires ne pourraient utiliser que les réserves auxquelles ils ont seuls vocation¹. Les réserves pour lesquelles il existerait une vocation commune avec les porteurs de parts, et *a fortiori* celles devant revenir à ces derniers seuls ne sauraient être employées. La raison en serait que les porteurs de parts seraient payés avec leur propre argent. Outre la confusion qu'il fait avec le rachat, ce raisonnement n'est pas correct. Dans le cas du rachat déjà il n'y aurait aucun illogisme bien au contraire. La valeur des parts est essentiellement fonction de la fraction des réserves revenant aux porteurs. Il n'y a rien de choquant à leur distribuer cette fraction, même si la forme choisie est le rachat. On ne voit pas de quoi pourraient se plaindre les porteurs de parts puisqu'ils perdent tout droit sur le passif interne. La conversion produit un effet identique sur ce point, en ce sens qu'en tant que porteurs de parts, ils n'auront plus aucune vocation aux réserves. Il est même assez logique que ce soit la fraction des réserves qui leur serait revenue qui soit incorporée au capital.

En d'autres termes, les porteurs de parts jusqu'alors titulaires d'une quotité du passif interne excédant le capital social, perdent la créance correspondante. Mais ils acquièrent simultanément un droit à une quotité du passif interne, y compris le capital social. Le titre de leur créance est donc profondément transformé. Il n'en reste pas moins que le total du passif interne demeure inchangé. Seul son aménagement intérieur s'est trouvé modifié, une réserve ayant disparu pour accroître le capital. Les titulaires de cette réserve importent peu, car le résultat final de l'opération est toujours le même.

187. Ainsi la conversion des parts de fondateur se ramène à une incorporation de réserves, par création d'actions nouvelles dont les attributaires seront les seuls porteurs de parts.

1. GORDONNIER, *op. cit.*, p. 342.

Toutes les règles mises en lumière à propos de l'incorporation de réserves doivent donc recevoir application, plus particulièrement celles concernant l'absence de droit préférentiel de souscription, que certains actionnaires ont tenté d'invoquer¹.

Il n'est pas besoin non plus d'insister sur le respect des dispositions de la loi de 1929 concernant la mise en œuvre des pouvoirs du groupement des porteurs de parts².

1. Cf. au surplus en tant que de besoin, RAULT, *op. cit.*, p. 181 et s., p. 252 et s.

2. Voir *supra*, n° 184.

TROISIÈME PARTIE

Le régime fiscal des réserves

188. Les bénéfices des sociétés par actions sont passibles de l'impôt sur les sociétés ; la distribution de ces mêmes bénéfices donne ouverture à l'impôt sur le revenu des valeurs et capitaux mobiliers. Les réserves correspondant, le plus souvent, à des bénéfices accumulés, il y a donc lieu de penser que l'impôt sur les sociétés sera perçu sur le montant des réserves lors de leur constitution, et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières dû à l'occasion de leur distribution. Comme d'autre part, toute augmentation de capital donne lieu à la perception de droits d'enregistrement, l'incorporation des réserves ne devrait pas faire exception à cette règle.

Les réserves ne proviennent pourtant pas toujours d'une accumulation de bénéfices d'exercice. Par suite, on est en droit de se demander si cette différence d'origine suffit pour autant à les soustraire à la perception de ces mêmes impôts. Il faut enfin noter que, dans tous les cas, on peut concevoir que le maintien des accroissements de situation nette dans le patrimoine social soit en lui-même une cause d'imposition nouvelle et indépendante des précédentes.

On aperçoit dès lors toute l'importance du régime fiscal des réserves. A côté du donné économique, en particulier de la nécessité de l'autofinancement, se trouve un donné fiscal susceptible de modifier très sensiblement la politique des sociétés en matière de réserves. Par le jeu d'exonérations ou de taxations plus fortes, le législateur fiscal peut encourager ou au contraire détourner de constituer des réserves importantes, de les distribuer ou de les incorporer au capital.

Ce n'est au demeurant qu'une manifestation particulière d'un phénomène plus général et bien connu, à savoir que l'imposition de certaines opérations juridiques ou de certaines situations est un moyen efficace d'en détourner les individus. L'instauration d'un régime fiscal de faveur est au contraire fréquemment utilisée pour inciter à un comportement déterminé.

Le législateur fiscal dispose donc d'instruments lui permettant d'agir dans une mesure appréciable sur la politique de réserves des sociétés. Leur étude est nécessaire pour donner une vue complète de notre sujet. Il ne saurait pour autant être question de reprendre dans leur ensemble toutes les questions qui sont posées par chaque catégorie d'impôt, ou pour chaque opération. Il convient de se limiter à une vision du problème strictement limitée à l'incidence du régime fiscal des réserves sur leur vie.

A priori, il pourrait sembler que, soucieux du donné économique, le législateur intervienne dans un sens très favorable à l'autofinancement. De fait, les variations économiques et monétaires ont été ressenties. Cer-

taines sommes ont pu être maintenues à la disposition de la société dans des conditions telles qu'il est possible de parler de régime fiscal favorable. Les entreprises n'ont pas manqué d'user des possibilités qui leur étaient ainsi offertes.

Mais d'autre part la détresse chronique des finances publiques a créé pour l'Etat un besoin de ressources sans commune mesure avec celui des sociétés. Le donné économique a été alors perdu de vue, et les réserves existantes se sont vues frappées de prélèvement dont le caractère exceptionnel a certes été souligné, mais dont la répétition possible n'a pas manqué d'influencer les décisions des organes compétents des sociétés par actions.

Au surplus le législateur fiscal s'est efforcé de stabiliser les capitaux propres de l'entreprise. Le moyen le plus sûr pour éviter la répartition des accroissements de situation nette consiste à les incorporer au capital social. Aussi est-il normal de constater l'absence de régime favorable à la distribution des réserves, alors que leur absorption par le capital bénéficie au contraire d'un traitement privilégié.

L'intervention du fisc se produit dans un sens différent à chacun des stades de la vie des réserves. Son action favorise plus ou moins leur constitution, frappe leur existence et diffère selon les modes de disparition.

En sorte qu'il convient d'étudier dans les trois chapitres de ce titre :

- Le régime fiscal de la constitution des réserves.
- Le régime fiscal des réserves pendant leur existence.
- Le régime fiscal de la disparition des réserves.

CHAPITRE PREMIER

LE RÉGIME FISCAL DE LA CONSTITUTION DES RÉSERVES

189. Les accroissements de situation nette maintenus à la disposition de la société constituent les réserves. Or tout accroissement de cette situation nette est *a priori* susceptible d'être considéré comme un bénéfice. Comme tel il fera l'objet d'une imposition. Si ces bénéfices sont distribués ils feront l'objet de nouvelles impositions, impôt sur le revenu des valeurs mobilières, impôt sur le revenu des personnes physiques. La mise en réserve de ces mêmes bénéfices fait perdre à l'Etat les ressources fiscales correspondantes. Il ne serait donc pas illogique de penser que le législateur soit intervenu pour taxer la constitution des réserves.

Ce serait oublier que les réserves constituent l'essentiel du boni de liquidation. A la dissolution de la société elles seront réparties aux ayants-droit et supporteront alors les impôts afférents à toute distribution des bénéfices. La constitution des réserves ne fait alors que retarder la date à laquelle seront recouvrées les rentrées fiscales. L'absence d'imposition spéciale se comprend dès lors parfaitement. Elle apparaît même indispensable si l'on ne veut pas perdre de vue la nécessité de l'autofinancement.

De droit commun, les accroissements de situation nette sont taxables. Ils le sont en tant que tels indépendamment de leur mise en réserve éventuelle.

Un tel résultat peut pourtant être économiquement mauvais, en période de dépréciation monétaire surtout. Il est bien connu que tout accroissement de la situation nette ne correspond pas à un véritable bénéfice. Il importe de faire le départ entre les bénéfices nominaux et les profits réels, pour ne faire supporter l'impôt que par ces derniers. Encore faut-il que par leur comportement les sociétés méritent cette faveur. Ceci est exclu lorsqu'elles distribuent l'intégralité des résultats, sans tenir compte de ce que ceux-ci enregistrent partiellement une perte de substance. En revanche, la décision de maintenir dans le patrimoine social les capitaux ne correspondant pas économiquement à des profits prouve la volonté de respecter les impératifs d'une saine gestion. Les accroissements de situation nette ne doivent pas être imposés selon les règles normales. La cons-

titution de réserves intervient alors pour soustraire à l'imposition de droit commun les sommes retenues¹.

Les deux paragraphes de ce chapitre permettront d'étudier :

— le régime de droit commun : l'imposition des accroissements de situation nette est indépendante de leur mise en réserve ;

— le régime de faveur : la mise en réserve de certains accroissements de situation nette modifie leur imposition.

§ 1. — *Le régime de droit commun*

190. Sous réserve de quelques dispositions spéciales énoncées par les articles 210 à 217 du Code général des impôts, le bénéfice net imposable à l'impôt sur les sociétés est évalué d'après les règles fixées pour la taxe proportionnelle sur les bénéfices commerciaux des personnes physiques. La loi de réforme fiscale de 1959 n'a pas modifié ce principe bien que celle-ci supprime la taxe proportionnelle.

La détermination des gains et pertes qui doivent être pris en considération pour le calcul de ces bénéfices nets a donné lieu à une vive controverse au cours de laquelle se sont affrontées deux théories célèbres : celle du compte d'exploitation et celle du bilan.

Cette dernière a triomphé, après que l'administration ait fait adopter plusieurs textes dont les dispositions ont été reproduites par l'article 38, alinéas 1^{er} et 2 du Code des impôts.

Elle retient l'enrichissement ou l'appauvrissement total de l'entreprise tel qu'il résulte de la comparaison de deux bilans successifs². *A priori* toute augmentation de la situation nette traduit un bénéfice imposable. Il convient bien entendu d'exclure les accroissements de capitaux propres résultant d'une augmentation de capital par apports extérieurs nouveaux.

Mais au surplus tout excédent de l'actif sur le passif, quelle qu'en soit l'origine est en principe un bénéfice, imposé à ce titre au taux de 50%.

191. Ce principe directeur coïncide assez exactement avec celui qui a été dégagé lors de l'analyse juridique et comptable des différents postes composant le passif interne. En particulier le bilan tenant compte des dépréciations subies par certains éléments d'actif, au moyen des amortissements et des provisions, ces mêmes sommes échappent à l'impôt sur les sociétés.

Le rôle et la nature des amortissements ont été étudiés précédemment. Il serait pourtant inexact de penser que les règles civiles valables pour cette matière sont applicables sans correctifs en matière fiscale. Il est

1. Il faut toutefois signaler une dérogation assez remarquable à cette idée générale, dans le cas des sociétés d'investissement à capital variable, qui ne bénéficient du régime fiscal de faveur qu'à la condition de répartir intégralement les bénéfices dont la loi autorise la distribution.

2. Le débat pourrait sembler sans objet si l'on songe que la comptabilité ne peut donner un résultat différent de celui obtenu au moyen du bilan. Ce n'est cependant vrai que pour le compte de Pertes et Profits. Le compte d'exploitation enregistrerait les bénéfices de l'exploitation susceptibles d'un renouvellement normal, tandis que les gains exceptionnels en capital ne figureraient qu'au compte de résultats proprement dit.

tendant de diminuer le chiffre des bénéfices par la pratique d'amortissements exagérés¹. L'administration et la jurisprudence posent des règles sévères, en particulier quant à la base de calcul, à la durée et au taux des amortissements.

De même une provision n'est fiscalement reconnue déductible que si plusieurs conditions sont remplies. Elle doit avoir un objet nettement précisé et susceptible d'être évalué avec une approximation suffisante. La perte envisagée doit être probable, et pas simplement éventuelle, elle doit avoir son origine dans l'exercice considéré, et être elle-même déductible.

La fonction économique des amortissements et des provisions est davantage mise en relief, car c'est sous l'aspect d'une rétention de capitaux que le droit fiscal les envisage. Il s'ensuit une plus grande rigueur dans leur calcul. Mais il ne demeure pas moins vrai que ces déductions sont liées à la sincérité du bilan, même si la sincérité fiscale s'écarte quelque peu de celle du droit commercial. Amortissements et provisions ne correspondent pas à un accroissement de la situation nette.

192. Cette précision essentielle étant donnée, la théorie du bilan conduit à l'imposition de principe à l'impôt sur les sociétés de tout accroissement de la situation nette au-delà du capital, que cet accroissement soit ou non distribué.

La répartition d'un dividende ouvre la voie à d'autres impositions, alors que la mise en réserve de bénéfices ne donne lieu, en revanche, à aucune autre perception fiscale. Dans le premier cas s'il y a des prélèvements supplémentaires opérés par le fisc c'est du fait de la répartition, et non de l'accroissement de situation nette. Dans la seconde hypothèse on aurait pu concevoir une taxation née du maintien des capitaux dans l'entreprise, mais c'est l'accroissement de situation nette qui aurait été taxé. L'absence d'impôt spécial montre bien que la constitution de réserve n'exerce aucune influence de principe sur la fiscalité grevant les augmentations de l'actif net.

A l'inverse la constitution de réserve n'a normalement pas pour résultat de diminuer le montant de l'impôt portant sur ces mêmes bénéfices. Il est pourtant des hypothèses dans lesquelles il serait illogique ou dangereux d'un point de vue économique de frapper les accroissements de situation nette. Lorsqu'elles resteront à la disposition de la société, elles pourront être déduites du bénéfice fiscal : on peut alors parler de régime de faveur.

1. Il faut noter que l'on est alors en présence de réserves occultes. Certains accroissements de la situation nette sont fictivement absorbés par l'exagération des amortissements. Ce qui a été dit au sujet de ce mode de création de réserves reste pleinement valable. En particulier on doit reconnaître que l'évasion fiscale qui peut en résulter n'est que temporaire : les exercices ultérieurs n'enregistrent qu'une partie des amortissements qu'ils auraient normalement supportés. Les bénéfices et partant l'imposition en sont accrus d'autant.

§ 2. — *Le régime de faveur*

193. Il existe, en effet, des réserves dont la constitution a pour conséquence de soustraire les accroissements de situation nette auxquelles elles correspondent, de la base de calcul de l'impôt sur les sociétés.

Les raisons d'un traitement privilégié tiennent à deux ordres d'idées sensiblement différentes. Le jeu des règles de technique fiscale est le premier moyen qui conduit à cette exonération. Ces règles ont trait au mode de constitution de certaines réserves. Des considérations économiques expliquent le deuxième procédé dont il faut souligner le caractère empirique et contingent.

A. — Le régime de faveur tenant au mode de constitution de certaines réserves.

194. La majeure partie des réserves proviennent de la rétention des bénéfices dans l'entreprise. Il est pourtant des comptes de réserves dont l'origine est différente. Tel est le cas, en particulier, pour les primes d'émission, les primes d'apport et les primes de fusion. Il y a un accroissement de l'actif net au-delà du capital social, sans que l'on puisse pour autant parler de bénéfice.

Ce mode de constitution particulier entraîne des conséquences propres sur le terrain du régime fiscal des réserves correspondantes.

Il serait illogique de frapper ces sommes maintenues à la disposition de la société, au titre de l'impôt sur les sociétés. Ces capitaux ne proviennent pas d'un enrichissement de l'entreprise dû à son activité industrielle ou commerciale ; ils ne résultent pas non plus de gains en capital réalisés sur le patrimoine social. Leur origine réside en un complément d'apport, dont le statut est particulier.

Aussi fiscalement ces primes sont-elles frappées du même droit d'apport que le nominal des actions créées à titre d'augmentation du capital. Le droit d'enregistrement ainsi perçu exclut le paiement de l'impôt sur les sociétés. Le rapprochement de leurs taux respectifs 1,6% et 50% montre qu'il n'est pas excessif de parler de régime de faveur, même si celui-ci est absolument normal.

195. Il est difficile de ranger dans le système de faveur, la constitution des réserves occultes. Le législateur n'entend certes pas les faire profiter d'un régime privilégié, mais au contraire éviter cette fraude.

Si les dirigeants d'une société veulent faire échapper une partie des bénéfices au prélèvement de l'impôt sur les sociétés, ils ne disposent que d'un seul procédé. Ce moyen consiste soit à minimiser certains postes d'actifs, soit à majorer des postes de passif de manière à réduire l'excédent de l'actif sur le passif. Mais il n'est pas possible de prétendre ensuite distribuer l'intégralité des produits réels de l'exercice. Il y a constitution de réserves occultes.

La fraude dans la mesure où elle est possible ne l'est qu'à la condition

de garder dans l'entreprise les sommes « camouflées ». On comprend dès lors que le « régime de faveur » résulte de la constitution de réserves occultes, et n'est possible qu'au prix d'une double fraude, à l'égard du fisc, et à l'égard des actionnaires.

196. Les réserves potentielles ont ce point commun avec les réserves occultes d'être constituées en l'absence du libre consentement des associés ; mais elles diffèrent en ce qu'une fraude absente pour les unes, a seule permis la constitution des autres.

Cette même particularité se retrouve en droit fiscal. Les règles d'établissement du bilan imposent d'évaluer les éléments d'actif à leur prix de revient. Les plus-values nominales ou intrinsèques n'ont pas à être mentionnées au bilan. La constitution des réserves potentielles correspondant à ces plus-values est obligatoire. Mais elles n'apparaissent pas dans les accroissements de la situation nette imposables à l'impôt sur les sociétés.

En ce sens il est encore permis de ranger ces réserves parmi celles qui font jouir les augmentations de capitaux propres d'un régime fiscal de faveur. Il faut d'ailleurs bien préciser que c'est uniquement à raison du maintien de ces fonds propres dans l'entreprise qu'un tel régime est accordé.

Ce système présente pourtant plus d'inconvénients que d'avantages. Il n'exonère pas les plus-values même nominales lorsqu'elles sont réalisées. Il ne permet pas non plus de pratiquer les amortissements nécessaires, ni même d'éviter la taxation de bénéfices économiquement fictifs.

Les nécessités d'ordre économique ont donc conduit à un régime de faveur concernant d'autres réserves.

B. — *Le régime de faveur tenant à des considérations économiques.*

197. L'incidence des dévaluations monétaires sur la vie des entreprises n'est plus à démontrer. Le cumul de ce phénomène avec les règles normales du droit fiscal mérite néanmoins de retenir l'attention. Les effets désastreux de la dégradation du franc se sont trouvés amplifiés par le régime fiscal normal. Ce dernier est devenu complètement inadapté à la période de hausse générale des prix qui a débuté avec la première guerre mondiale.

Plusieurs problèmes voisins ont nécessité l'intervention du législateur : celui des plus-values de cession, celui des stocks, et également celui des amortissements. La différence entre le prix de vente des marchandises et leur valeur comptable ne faisait que croître, sans pour autant correspondre à un véritable bénéfice, puisque le remplacement des marchandises vendues devait être effectué à des prix eux-mêmes en hausse. Chaque année les entreprises devaient pour maintenir leur stock égal en quantité réinvestir une partie croissante de leurs bénéfices soumise à l'impôt. De même elles devaient pour renouveler leur matériel et leur outillage utiliser une fraction croissante de leurs bénéfices, également soumise à l'impôt.

L'action du législateur a porté sur ces trois points, pour exonérer de l'impôt les sommes jugées indispensables, à la condition qu'elles resteraient effectivement dans l'entreprise. En d'autres termes, la constitution de

réserves avait pour résultat de soustraire à l'imposition les accroissements de situation nette auxquelles elles correspondaient.

198. Un décret du 3 février 1939 dont les dispositions d'abord reprises par l'article 7 *bis* du Code Général des Impôts Directs de 1941, sont devenues l'article 40 de l'actuel Code des Impôts, a soustrait à l'impôt certaines plus-values de cession.

Cette disposition s'applique au contribuable qui réalisant une plus-value à l'occasion de la cession, en cours d'exploitation, d'un élément d'actif immobilisé, prend l'engagement de réinvestir en immobilisation, dans un délai de trois ans, une somme égale au montant de la plus-value augmentée du prix de revient de l'élément cédé. Il est bien évident que pour être à même de tenir cet engagement la société ne peut répartir entre les associés le montant de la plus-value. Sa mise en réserve est la condition nécessaire de l'exonération. A la vérité, il ne s'agit même alors que d'une exonération provisoire. En effet lorsque le remploi est effectué dans les conditions prescrites, la plus-value doit être déduite du prix de revient de la nouvelle immobilisation, de sorte que l'amortissement ne porte que sur le solde. La plus-value se trouve ainsi rapportée aux bénéfices par le détour d'une réduction des amortissements admis sur la nouvelle immobilisation. Il se produit ainsi un fractionnement de l'imposition dans le temps.

On conçoit dès lors que les conditions d'application de cette règle aient été sensiblement assouplies, et que le régime de faveur se soit étendu notamment pour encourager certains investissements.

La loi de finances rectificative du 13 août 1960 confirme cette tendance. L'article 10 de cette loi prévoit l'exonération des plus-values de cession, lorsque le produit de la cession génératrice de ces plus-values est employé, dans le délai d'un an, soit à la souscription d'actions émises par les sociétés immobilières conventionnées visées par l'Ordonnance n° 58-876 du 24 septembre 1958, quel que soit le pourcentage de participation au capital des dites sociétés, soit à la souscription jusqu'à une date qui sera fixée par arrêté interministériel, d'obligations émises par ces mêmes sociétés.

Ce nouveau régime de faveur a une portée assez différente de l'ancien. D'une part la somme à réinvestir est moins élevée que dans les hypothèses précédentes. D'autre part les biens acquis en remploi sont insusceptibles d'amortissement, en sorte que l'exonération apparaît comme définitive et non plus comme provisoire. La contrepartie de ces améliorations est l'abrégement du délai de remploi, mais ne semble pas gênante pour les entreprises.

199. Un décret du 30 janvier 1941 a prescrit l'évaluation des stocks au prix de revient, ou au cours du jour si celui-ci était inférieur au prix de revient. D'autre part les entreprises ont été autorisées à doter un poste « Provision pour renouvellement du stock de départ » (c'est-à-dire du stock au 1^{er} septembre 1939). Cette dotation déductible du bénéfice imposable ne devait pas excéder le montant nécessaire pour reconstituer le stock de départ, compte tenu d'indices forfaitaires fixés annuellement par arrêté.

Malgré son nom de Provision, il s'agissait bien d'une véritable réserve,

dont la constitution réagissait sur les capitaux correspondants pour les soustraire à l'impôt.

Le système instauré par le décret de 1941 fut modifié à de nombreuses reprises pour aboutir à celui « général et permanent » de la loi du 14 avril 1952. La méthode retenue consistait à déterminer pour chaque entreprise un stock indispensable à son fonctionnement normal (stock-outil), qui était évalué à la fin de chaque exercice en tenant compte de la hausse des prix. La différence entre la nouvelle évaluation et la précédente était admise en déduction du bénéfice imposable. Cette déduction pouvait revêtir la forme d'une décote déduite à l'actif, ou d'une dotation inscrite au passif. Dans les deux cas il s'agissait encore de la constitution d'une réserve. Il n'était pas possible en effet de prétendre pratiquer la décote, et la distribuer ensuite aux associés.

Une réforme fragmentaire fut réalisée dans un sens restrictif par le décret du 13 décembre 1957.

La stabilisation monétaire a marqué la loi de réforme fiscale du 28 décembre 1959. Aux termes de l'article 32-I de ce texte le régime des décotes ou dotations sur stocks cesse de recevoir application à raison des variations de prix postérieures au 30 juin 1959. Les entreprises conservent néanmoins la faculté de pratiquer ou de compléter, jusqu'à la clôture du deuxième exercice arrêté après la publication de la loi, mais au plus tard le 31 décembre 1961, la déduction à laquelle il était possible de prétendre en fonction des variations de prix intervenues jusqu'au 30 juin 1959 (Art. 32-II).

En ce qui concerne les variations de prix postérieures au 30 juin 1959, l'article 32-III prévoit que, lorsque pour une matière ou un produit donné il est constaté au cours d'une période ne pouvant excéder deux exercices successifs clos postérieurement à cette date, une hausse de prix supérieure à 10%, l'entreprise peut pratiquer en franchise d'impôt une provision pour hausse de prix correspondant à la fraction de cette hausse excédant 10%. Le Fisc n'accorde donc la possibilité de tenir compte des variations de prix que pour une fraction seulement. L'entreprise doit financer une partie des hausses de cours sans bénéficier d'un régime favorable.

Au surplus la faveur partielle qui lui est accordée n'est que provisoire. En effet, la provision pratiquée à la clôture d'un exercice est rapportée de plein droit aux bénéfices imposables de l'exercice en cours à l'expiration de la sixième année suivant la date de cette clôture. Toutefois, la réintégration dans les bénéfices peut être effectuée après la sixième année dans les secteurs professionnels où la durée normale de rotation des stocks est supérieure à trois ans. Dans ce dernier cas les entreprises effectuent la réintégration dans un délai double de celui de la rotation normale des stocks.

Un décret doit fixer les modalités d'application de ce régime.

200. L'insuffisance des amortissements sur prix de revient avait également donné lieu à un régime fiscal de faveur. Certaines sommes pouvaient être prélevées sur les bénéfices sans subir l'impôt.

Le système inauguré par un décret du 13 février 1939, complété par un décret du 30 janvier 1941 était assez complexe. Outre la différence

entre matériel « ancien », c'est-à-dire au sens du décret acquis avant le 1^{er} janvier 1939, et le matériel « nouveau », il fallait calculer chaque année la limite des fonds de renouvellement correspondants, lesquels variaient à la fois en fonction du nombre d'exercices courus depuis la création du fonds, et en fonction d'indices fixés chaque année.

Ce système complexe et au demeurant assez mal adapté aux nécessités de la pratique ne devait pas survivre à la possibilité de réévaluation des bilans, accordée par l'ordonnance du 15 août 1945.

201. L'analyse de la nature de la réserve spéciale de réévaluation a montré que celle-ci se compose en réalité de deux éléments distincts : une plus-value nominale, et une marge d'amortissement complémentaire.

La latitude accordée par le législateur, ou même l'obligation imposée par lui dans certains cas, de réviser les bilans implique sa volonté d'approuver les nouveaux amortissements à pratiquer et partant la diminution des bénéfices des exercices ultérieurs.

La constitution de la réserve spéciale de réévaluation de même qu'elle équivaut à l'engagement des associés de maintenir des capitaux supplémentaires à la disposition de la société, vaut engagement de la part du Fisc ne pas percevoir d'impôt sur ces capitaux supplémentaires, bien qu'ils eussent normalement figuré dans les bénéfices.

On est bien en présence d'un régime de faveur. Des systèmes comme ceux de la décote sur stock, ou des provisions pour renouvellement du matériel apparaissent sans doute favorables, mais très fragiles. Les fréquents remaniements dont ils ont fait l'objet et la menace latente de leur suppression donnent peu de sécurité. La révision des bilans est au contraire une opération irréversible.

La réserve de réévaluation n'est pas cependant à l'abri de tout prélèvement fiscal. Les réserves de toute nature, même si elles ont supporté l'impôt sur les sociétés sont passibles d'une taxation au cours de leur existence.

C'est ce problème qu'il faut maintenant étudier.

CHAPITRE II

LE RÉGIME FISCAL DES RÉSERVES PENDANT LEUR EXISTENCE

202. *A priori* on voit mal les raisons qui permettraient de taxer les capitaux que les actionnaires ont pu laisser à la disposition de la société. Il n'y a entre les réserves et le capital social qu'une différence de degré tenant à leur statut juridique. Economiquement elles sont très voisines du compte capital. Tout prélèvement opéré sur les réserves ne ferait que frapper le capital. Les impôts portant sur ce dernier ne sont certes pas inconnus en période de grande détresse financière, mais ils portent alors sur l'ensemble d'un même patrimoine.

Fiscalement ces considérations ne sont pas tout à fait exactes. D'abord parce que le terme de réserve implique ainsi qu'on l'a noté, l'existence de ressources pléthoriques dans lesquelles on peut puiser sans grands inconvénients. Ensuite parce que le même mot évoque l'idée de bénéfices accumulés. Percevoir un impôt sur les réserves ce n'est alors que recouvrer un supplément d'impôt sur les bénéfices. Ce sentiment est plus vivement ressenti lorsque les sommes mises en réserve n'ont pas été comprises dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés.

La taxation des réserves va alors directement à contre-courant des nécessités de l'autofinancement, ou des régimes de faveur rendus indispensables par l'évolution de la conjoncture économique. Les cas d'imposition des réserves ne manquent cependant pas. Les versements exceptionnels sur les réserves, et les taxations récentes des dotations sur stocks et de la réserve de réévaluation en sont la meilleure preuve.

§ 1. — *Les versements exceptionnels sur les réserves*

203. Une loi du 31 décembre 1936 avait institué un prélèvement exceptionnel de 2% sur les réserves existant au bilan des exercices clos en 1935. Ce prélèvement n'était d'ailleurs que la préface à une taxe annuelle sur les bénéfices non distribués instituée par la même loi. Le législateur entendait

inciter les sociétés à augmenter leurs distributions pour accroître le pouvoir d'achat, ce qui expliquait l'instauration de la taxe annuelle sur les bénéfices non distribués.

Pour contribuer au financement des dépenses militaires en Algérie, la loi du 2 août 1956 a autorisé le gouvernement, par son article 15-C, à faire verser en 1957 par les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés une somme égale à 2% du montant de leurs réserves. Le législateur n'était visiblement animé que par des préoccupations fiscales, puisqu'à la même époque on envisageait d'instituer une taxe sur les accroissements de dividendes dont l'effet aurait été opposé à celui de la taxe sur les réserves.

Un décret du 18 mars 1957 a précisé les modalités de ce versement. En particulier si le versement touchait « tous les bénéfices et profits, sans aucune exception, que la personne morale avait réalisés depuis sa formation et qu'elle avait conservés dans son patrimoine sans les incorporer au capital » (art. 5), il convenait d'en exclure seulement la réserve légale, la réserve spéciale de réévaluation, les primes d'émission, d'apport ou de fusion (art. 6).

Le régime juridique de ce versement empruntait ses caractères à plusieurs types d'impositions : les modalités d'assiette étaient définies en fonction de l'impôt sur les sociétés ; la liquidation et le recouvrement étaient assurés selon les mêmes modalités que la taxe proportionnelle sur les revenus des capitaux mobiliers, avec paiement au bureau de l'enregistrement.

Ce versement avait été reconduit au titre de 1958 par la loi du 13 décembre 1957. Il a disparu en 1959 en contrepartie de l'élévation à 50% du taux de l'impôt sur les sociétés.

§ 2. — *La taxation des dotations sur stocks*

204. Les provisions pour renouvellement des stocks avaient pu être dotées jusqu'au 31 décembre 1945. Elles n'en continuèrent pas moins d'être maintenues au bilan, la franchise d'impôt dont elles avaient bénéficié ne leur étant assurée qu'à cette condition. La loi du 5 juillet 1949 autorisa leur incorporation au capital, en les soumettant à une taxe additionnelle d'apport. La plupart des entreprises ont usé de cette faculté. La loi de finances du 31 janvier 1950 a voulu transformer en obligation ce qui n'était alors qu'une autorisation. Cette augmentation obligatoire du capital souleva une vive émotion. Un décret du 5 avril 1950 s'efforça de remédier à cet inconvénient, sans faire perdre au fisc les rentrées escomptées.

Les provisions qui n'ont pas été incorporées au capital avant le 1^{er} juillet 1950 ont supporté une taxe de 12%, qui les libérait définitivement de l'impôt sur les sociétés.

Les considérations économiques qui avaient conduit à accorder la franchise au moment de la constitution, ont été perdues de vue. Les besoins fiscaux ont entraîné la taxation d'accroissement de situation nette qui auraient dû y échapper. Le législateur n'a pu s'empêcher de reprendre d'une main, la majeure partie de ce qu'il avait accordé de l'autre.

Le même phénomène s'est reproduit à propos des dotations sur stocks instaurées par la loi du 14 avril 1952, à cette différence près que la taxation est édictée par le même texte qui supprime pour l'avenir de telles dotations.

L'article 52 de la loi du 28 décembre 1959 soumet à une taxe de 6% les décotes et dotations sur stocks régulièrement pratiquées avant la publication de la loi. Le paiement de la taxe libère les dotations et décotes de l'impôt sur les sociétés. La taxe n'est pas admise en déduction des bénéfices pour l'établissement de ce même impôt.

La taxe est établie et recouvrée selon les mêmes modalités, sous les mêmes garanties et sous les mêmes sanctions que la retenue sur les revenus des valeurs mobilières. Le paiement se fait en deux termes : le premier égal aux deux tiers de l'imposition est exigible le 15 novembre 1960, le second le 15 novembre 1961. Le paiement en obligations cautionnées est admis.

Pour les entreprises désirant utiliser la faculté accordée par l'article 32-II (cf. *supra*, n° 202) la taxe est payable en trois termes semestriels égaux, dont le premier devait être exigible à l'expiration du délai imparti pour le dépôt de la déclaration de bénéfices de l'exercice au titre duquel les dotations auraient été constituées. Il a cependant été décidé de reporter aux 15 novembre 1960 et 15 novembre 1961, les dates d'exigibilité des deux premiers termes et du dernier terme de la taxe sur les compléments de dotation constitués au 31 décembre 1959, et ce en vue d'unifier les dates des versements que les entreprises sont tenues d'effectuer en 1960 et 1961 (communiqué. Ministre des Finances, 8 avril 1960). Le paiement en obligations cautionnées n'est pas admis.

§ 3. — *La taxation de la réserve de réévaluation*

205. Les versements exceptionnels de 2% sur les réserves n'avaient pas touché la réserve spéciale de réévaluation. Il semblait d'ailleurs normal qu'il en soit ainsi. On a souligné que les plus-values dégagées à la suite de la révision des bilans ont un caractère essentiellement nominal. Frapper la réserve constituée pour les compenser serait particulièrement injuste et économiquement désastreux. L'impôt ne saurait frapper que le capital économique de l'entreprise, puisque les plus-values ne proviennent que de la dépréciation monétaire et ne correspondent à aucun enrichissement réel.

L'article 72 de l'ordonnance de 1945, et le décret du 28 février 1946 ont néanmoins soumis à un impôt spécial de 5% la partie de la plus-value de réévaluation provenant d'éléments de l'actif acquis ou constitués au moyen d'emprunts en francs. Cette taxe dont le calcul était assez complexe, avait visiblement sa raison d'être dans l'idée que l'entreprise avait réalisé un bénéfice réel, grâce à la dévaluation et devait être imposée en conséquence.

Le législateur de 1959 est allé plus loin en édictant la taxation de la réserve de réévaluation sans distinction d'origine en même temps que la révision était rendue obligatoire pour certaines entreprises. Cette disposition de la loi de 1959 ne pouvait être que fort mal accueillie.

Il ne faut pas s'exagérer le souci qu'a le législateur fiscal des considérations économiques, non plus d'ailleurs que la valeur pourtant réelle des objections qui ont été soulevées. La révision des bilans a pour effet de soustraire des sommes parfois importantes à l'impôt sur les sociétés. Les amortissements sont en effet calculés sur le nouveau chiffre des éléments

d'actif et partant sont plus élevés. Par voie de conséquence le montant des bénéfices est diminué et l'impôt recouvré également.

Le législateur n'a pu résister, malgré les impératifs économiques, à la tentation d'opérer une ponction sur ces bénéfices échappant à l'impôt. L'analyse de la réserve spéciale de réévaluation en deux fractions, l'une correspondant à la plus-value nominale, l'autre enregistrant la nouvelle marge d'amortissement fait mieux comprendre, semble-t-il la taxation de la réserve de réévaluation.

La taxe a d'ailleurs un taux modéré : 3%. Elle est instituée pour libérer définitivement de l'impôt sur les sociétés les réserves de réévaluation constituées en franchise, avant la date de publication de la loi, et qui, à cette date n'ont pas été distribuées ou incorporées au capital. Toutefois la taxe est également applicable aux réserves de réévaluation qui ont été distribuées ou incorporées au capital entre le 1^{er} juillet 1959 et la date de publication de la loi. Dans ce dernier cas le droit d'apport acquitté au moment de l'incorporation s'impute sur le montant de la taxe. Enfin les réserves qui seront dégagées à l'occasion des révisions effectuées dans les conditions fixées aux articles 39 à 41 de la loi, supporteront également la taxe.

Les modalités, garanties et sanctions de l'établissement et du recouvrement de la taxe, ainsi que de son paiement sont identiques à celles édictées pour la taxe sur les dotations sur stocks. De même la taxe n'est pas admise en déduction pour l'établissement de l'imposition sur les bénéfices.

206. Il convient au surplus de noter que ces prélèvements ou taxes s'imputent sur les droits exigibles lors de l'incorporation au capital ou de la distribution des réserves correspondantes, et parfois les en exonèrent totalement. C'est qu'en effet les réserves même lorsqu'elles bénéficient lors de leur constitution d'un régime de faveur, sont sujettes à l'impôt à l'occasion de leur disparition.

CHAPITRE III

LE RÉGIME FISCAL DE LA DISPARITION DES RÉSERVES

207. La disparition des réserves peut se produire de deux sortes de façons, selon qu'elle est ou non liée à une diminution du passif interne. Bien que l'une et l'autre hypothèses se subdivisent elles-mêmes en une série de cas, il n'y a lieu d'étudier en détail que le régime fiscal de la distribution et de l'incorporation des réserves au capital.

La compensation des pertes avec des réserves existantes et ayant supporté l'impôt sur les sociétés ou une taxe quelconque l'en dispensant, ne fait pas obstacle à ce que ces pertes soient reportées sur le résultat bénéficiaire des exercices ultérieurs. Aucune imposition spéciale n'est donc liée à cette imputation du déficit sur les réserves.

Le rachat de ses actions par une société, lorsque l'opération n'est pas suivie de l'annulation des titres, est assimilé à une distribution de revenu, à concurrence de la totalité du prix de rachat. Si le rachat est suivi d'une réduction de capital, les sommes versées sont encore considérées comme des revenus, sauf pour la partie correspondant à la valeur nominale, mais à la condition qu'elle représente des apports ou des réserves capitalisées avant le 1^{er} janvier 1949¹.

Le rachat de parts de fondateur est toujours assimilé à une distribution de revenus.

Finalement les hypothèses dans lesquelles la diminution du passif interne se fait autrement que par distribution directe d'une fraction de l'actif, sont considérées comme équivalentes à cette distribution, ou n'en entraînent pas d'imposition.

Quant à la conversion des parts de fondateur en actions, elle n'est qu'une variété d'incorporation de réserves au capital social.

1. Le rachat de ses propres actions est une hypothèse trop rare de disparition des réserves pour mériter une étude approfondie de ce point de vue. Cf. en tant que de besoin BOMFELS. « L'imposition du rachat par une société de ses propres droits sociaux », *Rev. sc. fin.*, 1959.77.

Alors que la distribution de réserves s'analyse fiscalement comme une répartition de revenus, et ouvre une série d'impositions, l'incorporation de ces mêmes réserves ne donne pas ouverture aux mêmes impôts, à moins de décomposer l'opération en une distribution suivie d'une souscription, ce que fit d'ailleurs l'administration pendant longtemps. La nature véritable de l'opération, d'une part, la nécessité économique de maintenir les capitaux propres dans l'entreprise d'une manière durable, d'autre part, expliquent une certaine faveur fiscale pour l'incorporation de réserves, encore que les effets en soient limités dans le temps.

§ 1. — *Le régime fiscal de la distribution des réserves*

208. L'impôt sur le revenu des valeurs et capitaux mobiliers frappe tous les bénéfices ou produits à l'exception de ceux qui sont mis en réserve ou incorporés au capital. L'impôt sur les distributions se rapproche ainsi de l'impôt sur les sociétés. Mais d'autre part l'imposition englobe toutes les sommes et valeurs mises à la disposition des associés, même si elles ne sont pas prélevées sur les bénéfices. L'origine et la périodicité des produits distribués sont sans importance. En particulier, la distribution d'une réserve entraîne l'imposition sur le revenu correspondant. La mise en réserve n'a donc pour effet que de retarder l'exigibilité de l'impôt.

Toutefois lorsque la constitution d'une réserve a permis de soustraire les sommes correspondantes à l'impôt sur les sociétés, la distribution de ces capitaux ne peut manquer d'influer sur le paiement de cet impôt.

Au surplus la distribution entraîne l'imposition à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et en outre à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, ou éventuellement à l'impôt sur les sociétés pour le bénéficiaire de la répartition.

A. — *Incidence de la distribution quant à l'impôt sur les sociétés.*

209. En règle générale, les sommes laissées à la disposition de l'entreprise par les associés sont fiscalement considérées comme des bénéfices et à ce titre elles sont passibles de l'impôt sur les sociétés.

Leur distribution ultérieure n'entraîne dès lors aucune incidence de ce chef.

Il ne peut en aller de même pour les réserves dont la constitution bénéficie d'un régime de faveur, puisque ce régime n'est accordé qu'en considération du maintien des sommes dans le patrimoine social.

Le cas le plus typique à cet égard a été longtemps constitué par la réserve spéciale de réévaluation. Si les associés en décidaient la répartition totale ou partielle, les sommes correspondantes devaient être rapportées aux bénéfices de l'exercice au titre duquel la distribution avait lieu, pour être soumises à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ou à l'impôt sur les sociétés après 1949.

Les taxations instaurées par la loi de 1959, aussi bien sur la réserve de réévaluation que sur les dotations sur stocks ont modifié cette règle. Le paiement des taxes de 3% et 6% libère en effet définitivement les réserves

correspondantes de l'impôt sur les sociétés. En sorte que le régime fiscal institué en cette matière est favorable pour les entreprises.

Il ne reste plus actuellement que les plus-values de cession à réinvestir pour lesquelles la distribution ait une incidence quant à l'impôt sur les sociétés. Encore faut-il remarquer que l'exonération liée à leur mise en réserve n'est au maximum que provisoire, et subordonnée au respect de l'engagement de réinvestissement dans les délais légaux. Ce n'est à proprement parler que la distribution pendant le délai de trois ans qui aura une incidence quant au paiement de l'impôt, en avançant sa date d'exigibilité.

210. Il convient enfin de noter que les réserves potentielles échappent par leur nature à toute imposition. Le problème de l'incidence de leur distribution sur leur statut fiscal ne se pose pas aussi longtemps que les plus-values auxquelles elles correspondent, ne sont pas réalisées.

Lorsque cette réalisation se produit en cours de vie sociale, les plus-values accroissent le bénéfice d'exercice et supportent immédiatement l'impôt sur les sociétés, sauf le cas où l'engagement est pris de les réinvestir, dans les conditions de l'article 40 du Code général des impôts.

Lorsque cette réalisation se produit en fin de vie sociale, les plus-values bénéficient d'un régime d'exonération très favorable. Si la cession intervient plus de cinq ans après l'acquisition ou la création des éléments de l'entreprise, le taux de l'imposition est réduit à 10 % (art. 219 C. gén. imp.). Dans l'hypothèse plus rare en matière de sociétés, où le délai de cinq ans n'est pas expiré, les plus-values ne sont comptées dans les bénéfices imposables que sur la moitié de leur montant.

B. — Incidence de la distribution quant à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou sur les sociétés.

211. Toutes les sommes mises à la disposition des associés au cours de la vie sociale sont passibles de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, non seulement s'il s'agit de bénéfices d'exercice, mais également s'il s'agit de réserves.

On aurait pu du moins penser que les distributions faites à titre de remboursement du capital social, sont exemptées de cet impôt de distribution. Or il n'en est ainsi que dans des hypothèses très restreintes. Il faut en effet que l'opération s'effectue après que les bénéfices et les réserves, autres que la réserve légale aient été préalablement répartis. Il faut ensuite que le remboursement s'accompagne d'une réduction du capital social. Il faut enfin que les sommes versées correspondent à des apports effectifs des actionnaires. Au contraire le montant des réserves incorporées au capital social ne bénéficie pas de l'exonération sauf si l'opération a eu lieu avant le 1^{er} janvier 1949. L'impôt de distribution les frappe au même titre que tout autre versement.

A la dissolution de la société, le remboursement du capital a lieu en franchise d'impôt à la condition qu'il corresponde également à des apports

réels, ou à des réserves incorporées avant le 1^{er} janvier 1949¹. Toutefois si au cours de la vie sociale des remboursements d'apports ont été effectués sans bénéficier de l'exemption d'impôt, un montant équivalent peut être distribué en franchise après la liquidation.

Le surplus des sommes réparties au titre du boni de liquidation est considéré comme des bénéfices distribués et imposables du fait de la distribution. Une exception est à faire toutefois pour les primes d'émission, d'apport ou de fusion, qui sont assimilées à des apports et échappent ainsi à l'impôt.

Le taux de cet impôt est normalement de 24% ; il est ramené à 12% pour la réserve spéciale de réévaluation jusqu'au 1^{er} janvier 1964.

212. Des considérations d'équité fiscale, alliées à des perspectives économiques ont détourné dans certains cas de la perception de l'impôt qui eût normalement été exigible. Bien qu'il s'agisse de dispositions concernant n'importe quelle distribution, il paraît utile de les rappeler succinctement. Les hypothèses à retenir sont d'une part les distributions effectuées par les sociétés-mères, d'autre part, celles effectuées par les sociétés d'investissement, ou assimilées.

1^o Aux termes de l'article 19-IV de la loi du 28 décembre 1959, lorsque des sociétés détiennent des participations satisfaisant aux conditions exigées par les articles 145 et 146 du Code général des impôts, ou par l'article 43 de la loi susvisée, la retenue est liquidée sur l'intégralité des dividendes ou autres produits distribués par ces sociétés à compter du 1^{er} janvier 1960. Toutefois, dans la mesure où les sommes distribuées au titre d'un exercice correspondent aux produits des dites participations encaissés au cours du même exercice, la retenue que ces produits ont supportée est imputée sur le montant de la retenue dont la société-mère est redevable.

On est ainsi en présence d'une déduction impôt sur impôt, alors que le système jusqu'alors en vigueur prévoyait une déduction revenu sur revenu.

Il est en effet apparu que le système de déduction revenu sur revenu était inconciliable avec le nouvel impôt unique sur le revenu des personnes physiques, spécialement en ce qu'il diminuait injustement le droit à imputation des actionnaires des sociétés détentrices de participation. Un exemple est nécessaire pour le faire comprendre.

Soit une société-mère ayant perçu en 1959 une somme de 1.000.000 de francs, prélevée sur une réserve de la société filiale. La taxe proportionnelle perçue au taux de 22% a réduit à 780.000 francs, la somme effectivement encaissée. Si la société-mère distribue en 1960 un dividende de 3.780.000 francs en application de la déduction revenu sur revenu, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est liquidé sur

$$3.780.000 - 780.000 = 3.000.000$$

1. Il convient de noter que pour les réserves incorporées au capital après cette date, et avant l'entrée en vigueur du décret du 30 juin 1952, la taxe additionnelle au droit d'apport perçue lors de l'augmentation du capital s'impute sur le montant des sommes exigibles lors du remboursement.

Le taux de l'imposition étant de 24 %, la société verse 720.000 francs. Le dividende net mis en distribution est de 3.060.000 francs

$$(3.780.000 - 720.000)$$

En supposant qu'il y ait 10.000 actions chacune perçoit 306 francs et a un droit d'imputation de 72 francs.

Avec le système de déduction impôt sur impôt, l'I.R.V.M. sera liquidé sur $3.780 + 220.000.000 = 4.000.000$. La société doit verser 960.000 francs, mais ayant un crédit d'impôt de 220.000, elle n'aura à décaisser que la différence entre ces deux sommes soit 740.000 francs. Le dividende net mis en paiement est de 3.040.000 francs ($3.780.000 - 740.000$) soit 304 francs par action. On serait en droit de penser que chaque actionnaire bénéficiera d'un crédit d'impôt de 74 francs. Ce serait oublier le correctif de la règle « exemption vaut paiement ». Les 220.000 francs que la Société mère n'a pas eu à décaisser sont considérés fictivement comme payés et profitent finalement à ses actionnaires. Ceux-ci ont, en effet, le droit d'imputer 96 francs sur le montant de leurs impositions personnelles. Le système nouveau apparaît donc nettement plus favorable que l'ancien pour l'actionnaire de la société-mère¹, et cela grâce au principe que l'exonération équivaut au paiement.

2° L'article 19-III de la même loi déclare applicables à la retenue à la source les exonérations totales ou partielles de la taxe proportionnelle dont bénéficiaient les dividendes et autres produits distribués par : a) les sociétés nationales ou privées d'investissement visées aux paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 144 du Code général des impôts ; b) les sociétés de financement de recherches et d'exploitation des gisements de pétrole constituées et fonctionnant conformément aux décrets n° 55-114 du 20 janvier 1955 et 55-578 du 20 mai 1955 ; c) les sociétés de développement régional, les sociétés financières pour le développement des territoires d'outre-mer, les sociétés sahariennes de développement constituées et fonctionnant conformément aux décrets n° 55-876 du 30 juin 1955, et n° 56-1131 du 13 novembre 1956 et à l'ordonnance n° 58-1248 du 18 décembre 1958.

L'exonération des sommes versées par les sociétés d'investissement est indispensable pour ne pas désavantager leurs actionnaires par rapport aux épargnants qui gèrent eux-mêmes leur portefeuille.

213. Aussi longtemps que la taxe proportionnelle a existé, le problème était assez simple puisque cette retenue était un prélèvement distinct et définitif.

Mais la création d'un impôt unique sur le revenu des personnes physiques, par la loi du 28 décembre 1959 a modifié les données de la situation. La retenue constitue désormais un acompte à valoir sur l'impôt unique dû par le bénéficiaire sur l'ensemble de ses revenus, et elle est imputée sur ce

1. Cf. au surplus, Circul ministérielle n° 8072. A.N.S.A., brochure n° 127. Etant donné par ailleurs le régime transitoire en matière de taxe complémentaire, le droit à imputation est en fait ramené à 42 fr dans un cas et à 64 fr dans l'autre, les revenus à déclarer à l'impôt unique étant respectivement de 348 fr et 368 fr.

revenu dans des conditions que l'existence de la taxe complémentaire vient encore compliquer.

Pour les personnes physiques, le montant de la retenue est appelé aux termes de l'article 20 de la loi de 1949, à s'imputer sur le montant de l'impôt sur le revenu de ces personnes. Le crédit d'impôt ainsi constitué sera restitué dans la mesure où l'impôt sur le revenu des personnes physiques lui serait inférieur ou ne serait pas exigible.

Toutefois jusqu'à la suppression de la taxe complémentaire, l'imputation ne peut être faite qu'à concurrence de la part de la retenue ou du versement qui excède le montant de la taxe complémentaire ou de la moitié de cette taxe selon que la retenue a été opérée au taux de 24 % ou de 12 %. La somme ainsi laissée à la charge du redevable est admise en déduction des bases de l'impôt sur le revenu des personnes physiques dû par l'intéressé.

Pour les personnes morales, la retenue à la source est imputée sur le montant de l'impôt sur les sociétés, sans qu'il soit dérogé au régime particulier des sociétés-mères et filiales.

214. Certains correctifs sont prévus dans les cas où la retenue à la source n'est pas opérée, ou bien n'est due que partiellement.

Ainsi les actionnaires des sociétés d'investissement ou des sociétés assimilées peuvent effectuer l'imputation prévue dans les mêmes conditions que s'ils avaient perçu directement les revenus encaissés par ces sociétés. La société doit calculer pour chaque exercice la somme totale à l'imputation de laquelle donnent droit les revenus encaissés par elle. Le droit à imputation de chaque actionnaire est déterminé en fonction de sa part dans les dividendes distribués au titre du même exercice. Le montant à imputer est ajouté au revenu net perçu par l'actionnaire pour l'assiette de l'impôt unique. Toutefois ce montant ne peut excéder celui qui est accordé pour un dividende ayant supporté la retenue au taux plein. Ces dernières règles s'appliquent *mutatis mutandis* aux actionnaires personnes morales.

§ 2. — *Le régime fiscal de l'incorporation des réserves au capital social*

215. Contrairement à l'opinion généralement admise par les juristes modernes, le fisc a longtemps considéré que l'incorporation de réserves dans le capital social se décomposait en une distribution de réserves suivie d'une augmentation de capital. Une telle analyse conduisait à percevoir la taxe frappant les distributions de revenus, et ensuite le droit d'apport. Il convient sans doute de rechercher l'explication de ce régime dans le désir d'éviter une évasion fiscale. Tant que l'on admettait que le remboursement du capital se fit en franchise à la liquidation de la société, il fallait éviter que par la capitalisation des réserves on ne fasse échapper à l'impôt sur les distributions ce qui aurait dû être considéré comme un boni de liquidation taxable.

La loi du 12 août 1942 avait apporté une première simplification au système alors en vigueur en substituant à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, une taxe additionnelle au droit d'apport, dont le taux était de 15 %.

Le décret de réforme fiscale du 9 décembre 1948 modifia ce régime. La taxe additionnelle fut maintenue, encore que son taux ait été réduit. Mais elle n'était plus destinée à remplacer la taxe proportionnelle due sur les revenus distribués. La réforme comporte l'abandon du principe que le capital est remboursé en franchise à la fin de la société. Il faut distinguer à l'intérieur de son montant la partie correspondant à des apports et celle provenant de réserves. Cependant il est possible d'imputer le montant de la taxe additionnelle sur celui de l'impôt exigible lors de la distribution de ces réserves, à la dissolution de la société.

Le régime actuel a été institué par le décret du 30 juin 1952. La taxe additionnelle a été supprimée à son tour en contrepartie d'une majoration du droit d'apport. Ce droit présente désormais tous les caractères d'un droit d'enregistrement et n'a plus aucun lien avec la taxe sur les distributions de revenu. En particulier, il ne donne plus lieu à imputation sur l'impôt exigible lors du remboursement des réserves capitalisées.

Le droit d'apport susceptible d'être perçu à l'occasion d'une incorporation de réserves a un taux variable. Les principaux tarifs, fixés à 1,4 %, 2 % et 6 % en 1952 ont été portés à 1,6 %, 2,4 % et 7,2 % par le décret du 27 juin 1957.

Si l'imposition au taux de 7,2 % fait figure de droit commun, il y a lieu d'ajouter aux régimes de faveur liés aux taux moindres un certain nombre d'autres cas, résultant notamment de la dernière loi de réforme fiscale.

A. — *L'imposition de principe à 7,2 %.*

216. En matière d'incorporation de réserves dans les sociétés soumises à l'article 108 du Code général des impôts, et donc de sociétés par actions sur lesquelles porte cette étude, le droit normalement dû est celui majoré au taux de 7,2 % (art. 719 C. gén. imp.).

Sans doute les régimes de faveur, temporaires ou non, limitent-ils largement le domaine d'application du droit commun. Du moins la règle reste-t-elle valable pour toutes les réserves constituées au moyen de sommes ayant supporté l'impôt sur les sociétés. En outre, l'application de ce principe n'est souvent que paralysée provisoirement et doit pouvoir être effective à la cessation des régimes spéciaux.

Le paiement du droit d'apport au taux de 7,2 % est actuellement d'autant plus rare que les versements exceptionnels de 2 % effectués en 1957 et 1958 s'imputent sur le montant des droits d'enregistrement exigibles lors de la capitalisation des réserves correspondantes. En sorte qu'actuellement, il n'est plus guère que la réserve légale, ou les réserves extraordinaires constituées depuis 1958 qui soient susceptibles de supporter intégralement le droit de 7,2 % à l'occasion de leur incorporation au capital.

Le paiement du droit proportionnel peut être fractionné en trois versements égaux dans les conditions fixées par le décret du 28 novembre 1952. La société doit demander le fractionnement dans une formule signée au pied de l'acte ou du procès-verbal constatant la réalisation de l'opération. Le premier versement est seul acquitté lors de l'enregistrement de l'acte ou du procès-verbal. Les autres fractions majorées de l'intérêt au taux légal sont exigibles d'année en année et doivent être payées dans les vingt

jours qui suivent chaque échéance annuelle. En cas de retard dans le paiement d'une annuité, le droit en suspens devient immédiatement exigible, sans aucune mise en demeure. La libération par anticipation est également possible. Pour être recevable, la demande doit être accompagnée d'une offre de garanties suffisantes, telles qu'hypothèques, nantissemements, engagements personnels d'établissements bancaires agréés par l'administration de l'enregistrement. Les garanties doivent être effectivement fournies dans les six mois de l'enregistrement. De plus, l'Administration peut à tout moment exiger, si elle le juge utile, un complément de garantie. Faute par la société d'y satisfaire dans le mois de la demande, le droit devient immédiatement exigible.

B. — *Les régimes de faveur.*

217. Le régime le plus favorable instauré en matière d'incorporation de réserves concerne les primes d'émission, d'apport ou de fusion qui accompagnent certaines augmentations de capital. Les accroissements de situation nette correspondants échappent à l'impôt sur les sociétés mais supportent le droit d'apport. Il serait dès lors illogique de percevoir à nouveau ce droit lorsque ces réserves sont absorbées par le capital. L'opération se fait en franchise, même si le droit d'apport exigible à l'époque de l'incorporation est supérieur à celui déjà perçu sur les primes.

Sont également exonérés du droit d'apport, mais assujettis à un droit fixe de 80 francs les actes portant incorporation au capital de la réserve spéciale de réévaluation et des dotations sur stocks, à la condition qu'ils soient présentés à la formalité de l'enregistrement avant le 1^{er} janvier 1964. Passé cette date, le droit d'apport sera exigible au taux de 7,2% conformément à l'article 719 du Code général des impôts. L'imputation de la taxe de 3% ou de 6% sur le droit d'apport majoré n'est pas prévue par la loi de 1959.

L'existence d'obligations convertibles en actions faisant obstacle à l'incorporation de réserves au capital, les articles 52-IV et 53-IV de la loi de 1959 prévoient que le délai ci-dessus ne sera pas applicable aux sociétés ayant émis de telles obligations. L'exonération pourra jouer pour les actes qui seront enregistrés dans l'année suivant la date d'expiration de la période fixée pour l'exercice de l'option accordée aux porteurs d'obligations lorsque cette date sera postérieure au 31 décembre 1962.

218. Les provisions pour renouvellement des stocks constituées en conformité du décret du 30 janvier 1941 et qui n'ont pas été incorporées au capital ont été assujetties à une taxe spéciale de 12% par la loi du 31 janvier 1950. Si ces provisions sont incorporées au capital, cette opération donne ouverture au droit d'apport au taux de 1,60%. Il serait excessif de faire supporter le droit d'apport au taux majoré à des réserves ayant déjà supporté une taxe destinée à remplacer la taxe additionnelle.

Le droit d'apport majoré au taux réduit de 2,4% s'appliquait essentiellement à l'incorporation de la réserve spéciale de réévaluation. La loi de réforme fiscale de 1959 a modifié ce régime, supprimant ainsi la principale application de ce tarif. Lorsqu'une société a reconstitué elle-même ses

installations détruites par fait de guerre, elle a constitué en contrepartie des indemnités de dommages de guerre correspondantes une réserve dite de « reconstitution des entreprises sinistrées ». Aux termes de l'article 53-VII de la loi de 1959 l'incorporation de cette réserve¹ est assujettie au droit d'apport de 2,4 % si les actes le constatant sont soumis à l'enregistrement avant le 1^{er} janvier 1964.

Ainsi après le 1^{er} janvier 1964, les régimes de faveur auront-ils perdu de leur importance.

Le taux majoré de 7,2 % ne subira alors que deux exceptions, la première pour les primes d'émission et assimilées, la seconde pour les provisions de renouvellement des stocks qui pourraient encore subsister. A moins que de nouvelles réformes ne viennent compliquer un système qui tendrait à revenir à sa simplicité première, avec en plus le mérite d'une logique juridique supérieure.

1. Le texte dit « assimilée à la réserve de réévaluation ». Par là il faut entendre que la condition suivante doit être remplie : les immobilisations auraient pu être réévaluées si elles n'avaient pas été détruites.

CONCLUSION

219. A leur origine, les réserves étaient destinées à permettre aux sociétés par actions d'avoir le même comportement qu'un bon père de famille. Les modifications du donné économique ont changé la raison d'être de l'institution. Elles lui ont donné aussi une impulsion nouvelle.

Dans la pratique, les réserves se sont multipliées. On pourrait, semble-t-il en induire logiquement qu'elles sont parfaitement adaptées aux besoins de l'autofinancement. Une telle conclusion serait pourtant trop hâtive. Rien ne prouve, en effet, que les sociétés n'acceptent pas sous la pression des événements de courir les risques nés de l'incertitude de certaines solutions. Un procédé même imparfait peut être préférable à l'absence de tout moyen juridique.

Procédé encore imparfait, telle est bien la véritable physionomie de notre institution. Certes elle se présente sous un jour cohérent et harmonieux. Elle a, de plus, toutes les qualités requises pour répondre aux exigences de la vie économique moderne. Des imperfections n'en subsistent pas moins. Mais ces imperfections sont aisées à déceler, leurs remèdes faciles à trouver. L'avenir des réserves ne devrait pas soulever de bien grandes difficultés.

220. La première chose qui frappe, c'est l'unité tout à fait remarquable qu'a conservée le concept de réserve. La grande variété de ces comptes et les conditions dans lesquelles ils ont proliféré, auraient pu avoir pour conséquence la disparition de tout point commun entre certains d'entre eux. Une partie de la doctrine pense même qu'il ne subsiste aucun lien, entre des rétentions de bénéfices d'exercice figurant au bilan, et des plus-values qui, non seulement ne sont pas susceptibles d'être mentionnées en comptabilité, mais ne peuvent même pas être distribuées.

Le tort de ces auteurs est d'avoir tenté de rechercher une solution au problème, en se contentant d'une vue superficielle des rapports juridiques entre la société et les associés, et plus encore sans analyser la nature de ces relations. L'analyse de la vie interne de la société fournit seule les éléments indispensables à cette solution.

L'étude de ces relations intersociales révèle des évidences telles qu'on

est légitimement surpris de les voir si souvent négligées. Dès l'abord, il apparaît, en effet, que le droit des associés sur le patrimoine sociale ne peut, à un moment donné, qu'être égal à la différence entre la valeur des biens que la société possède (actif) et le montant de ses dettes (passif). Il faut qu'à cette différence (situation nette) correspondent des capitaux laissés par les associés à la disposition de la société, sans quoi elle ne pourrait financer et donc posséder la partie d'actif correspondante.

Une fraction de ces capitaux propres provient des apports que les associés ont fournis et qu'ils se sont engagés à ne pas retirer du patrimoine social. Cette fraction correspond au capital. Une autre partie tire son origine des bénéfices réalisés par suite de l'activité sociale ; les bénéfices sont normalement susceptibles d'être retirés au fur et à mesure de leur apparition. Ces deux premières masses ne recouvrent pas l'ensemble des capitaux propres. Le surplus, quelle que soit sa provenance, constitue les réserves. Les différenciations à faire à l'intérieur de la masse des réserves ne restreignent aucunement cette vérité essentielle qu'il s'agit toujours de capitaux propres maintenus à la disposition de la société. Ceci traduit une unité économique certaine.

Partie des capitaux propres, les réserves présentent dès lors toutes les caractéristiques de ces capitaux. En particulier elles ont tous les caractères des créances de passif interne que les associés possèdent contre l'être moral, en contrepartie de ces capitaux. L'unité juridique du concept de réserve apparaît à son tour sans ambiguïté.

A ce moment intervient le donné économique. Il exige un accroissement des capitaux propres maintenus par les associés à la disposition de la société, pour que l'entreprise puisse vivre et se développer. L'hypothèse d'apports nouveaux augmentant le capital social peut être écartée, car sa réalisation est difficile et de toute manière insuffisante. Il s'ensuit que les réserves sont seules susceptibles de fournir ces capitaux supplémentaires stables.

L'unité fondamentale, économique et juridique, du concept de réserve apparaît ainsi comme la première raison permettant d'affirmer un fait capital : les réserves, par leur nature, sont aptes à satisfaire les besoins de l'autofinancement. Il n'est pas besoin d'une autre technique juridique.

221. Cette adéquation de la nature des réserves aux nécessités de l'autofinancement serait pourtant insuffisante si les conditions de leur constitution, comme de leur disparition n'étaient pas également à même de répondre aux exigences de celui-ci.

Que l'on envisage le problème du point de vue de l'économie générale de la société, ou du point de vue de la stricte technique juridique des réserves, il est incontestable que cette seconde condition est remplie.

La légitimité de la constitution de réserves d'autofinancement a été très discutée à partir de cette idée que l'intérêt social ne pourrait porter atteinte aux droits des actionnaires que d'une manière très exceptionnelle et très limitée.

Un auteur a montré, grâce à une remarquable étude de la jurisprudence moderne, que l'un des grands courants actuels vise à faire de l'intérêt social « le ciment qui doit réunir les tendances centrifuges existant dans

la société anonyme ». Lorsqu'on sait que la pratique de l'autofinancement est une question de vie ou de mort pour la quasi-totalité des entreprises, on doit admettre que l'intérêt social exige que les associés s'inclinent devant cette nécessité.

L'autofinancement est d'ailleurs moins une fin qu'un moyen. Et on ne doit pas oublier que le capitalisme s'il ouvre des droits, crée aussi des devoirs. La direction d'une entreprise implique la charge morale d'assurer l'existence de ceux qui y travaillent. On se doit pour eux de la maintenir en vie, de la développer, de créer de nouveaux emplois. A mi-chemin entre l'égoïsme et la philanthropie, la conception actuelle des rapports sociaux dans la nation exige une politique d'autofinancement. Celui qui acquiert une action devient capitaliste et cette grande règle de moralité s'impose à lui. Il manque à son devoir en demandant sa part intégrale dans les bénéfices, sans laisser à la société dont il est partie intégrante, les sommes nécessaires à la poursuite et au développement des activités de l'entreprise.

S'il en était besoin, la référence à ces principes généraux permettrait aux Tribunaux de déclarer licite la constitution des réserves d'autofinancement. Il n'est même pas nécessaire d'y recourir, puisque l'article 1832 du Code Civil suffit à légitimer une telle pratique.

D'aucuns veulent pourtant interpréter ce texte comme ouvrant un droit absolu des actionnaires au dividende. On a vu combien il est facile de se persuader de l'erreur d'une telle opinion. La sagesse populaire a retenu la leçon de la fable « la poule aux œufs d'or ». Si le texte invoqué signifiait vraiment ce que continue de soutenir une partie de la doctrine, le contrat de société contiendrait en lui-même le germe de sa propre destruction. L'absurdité d'une telle solution est la meilleure démonstration de l'inexactitude de l'opinion qui la fait sienne.

Ainsi les principes généraux de la matière, comme les textes permettent de créer des réserves pour répondre aux besoins de l'autofinancement. Si l'on observe de plus, que la procédure de constitution de telles réserves est généralement assez souple, si l'on ajoute encore que les modalités de disparition de ces comptes sont parfaitement adaptées à l'évolution des besoins en capitaux des sociétés par actions, on est amené à conclure que les réserves fournissent un instrument qui correspond idéalement à son but.

222. Une telle conclusion ne rendrait cependant pas parfaitement compte de l'état actuel de notre droit positif. Il est plus exact de dire que les réserves pourraient être un outil idéal. Elles ne le sont pas effectivement.

Deux imperfections sont apparues sur des points qui n'auraient pas dû soulever de bien grandes difficultés.

Un premier danger était à éviter, celui de supprimer totalement les droits individuels, sous prétexte d'autofinancement. Ainsi qu'on l'a remarqué il ne faut pas oublier que détruire ces droits, ce serait détruire la société elle-même et par conséquent l'intérêt social. On a pu louer la jurisprudence de n'avoir pas perdu de vue que la conception contractuelle de la société ne devait pas être complètement éliminée.

L'intervention des tribunaux n'aurait donc dû tendre qu'à faire respecter les limites du besoin d'autofinancement, et à parfaire ainsi l'emploi des réserves. Il en est pourtant souvent autrement.

Les litiges portent sur le conflit entre intérêt individuel et intérêt social. La primauté de principe du second ne doit évidemment recevoir application que dans la mesure où un tel intérêt existe réellement. En vain prétendrait-on même que le débat oppose intérêt immédiat et intérêt éloigné de l'actionnaire. La compétence du juge n'en serait pas moins certaine puisque l'intérêt éloigné de l'actionnaire se confond en fait avec l'intérêt social actuel. Il suffirait aux juges de faire une constatation objective, celle de l'existence ou de l'absence de cet intérêt social.

Les cas d'abus manifestes sont facilement saisissables et condamnables. A ce moment apparaît la première imperfection. Dans les différends soumis aux tribunaux, ceux-ci sont tentés de substituer leurs propres conceptions de l'intérêt social à celles que peut avoir la société. Au lieu de rester juges de la légalité, ils se sont faits juges de l'opportunité. La direction d'une entreprise suppose des choix et des risques. Il n'appartient pas aux juges de les faire à la place des associés, même pour le motif très respectable de défendre les droits des minoritaires; alors surtout que la Justice n'est pas préparée, par sa prudence traditionnelle et un certain conservatisme à la solution de ces problèmes, au demeurant largement extra-juridiques.

Mais il y a beaucoup plus grave. C'est un fait bien connu que la répression de tout abus entraîne un mouvement de réaction généralement très accentué. On peut noter de tels phénomènes à propos des réserves. Une décision récente a cru devoir remettre en cause le principe même de la légitimité de l'autofinancement. Ce ne peut être qu'une manifestation extrême qui restera sans lendemain. Un tel précédent n'en est pas moins très fâcheux. Aussi longtemps que la Cour de cassation ne sera pas intervenue pour clôturer le débat, une incertitude dangereuse pèsera sur la licéité de la constitution de nombreuses réserves¹.

1. L'arrêt rendu par la Cour de cassation (Ch. civ., section com.) le 18 avril 1961 (J.C.P., 1961.II, note D. B.; D., 1961.J.661) dans l'affaire des Etablissements Piquard ramènera certainement les juges du fond à une vue plus exacte de leur pouvoir de contrôle (A). On pourrait tout au plus regretter que la Haute Juridiction n'ait pas eu à prendre une position expresse sur la question de principe posée par la Cour de Paris (B).

A. — Le seul texte visé par l'arrêt de cassation est l'article 1382 du Code civil. C'est qu'en effet la Cour suprême s'est placée uniquement sur le terrain de l'abus de droit pour accueillir le pourvoi. La lecture de l'arrêt pourrait laisser croire que la cassation n'est intervenue que pour insuffisance de motifs (1). En réalité la décision évoquée a une portée plus large (2).

1° La Cour d'appel avait notamment relevé l'importance des réserves antérieurement constituées. Le report à nouveau des bénéfices réalisés en 1954 ne lui apparaissait dès lors justifié, « ni par un légitime souci de prévoyance, ni par la nécessité de faire face à une dépense temporaire exceptionnelle ». On ne peut nier que l'existence de réserves atteignant un niveau important soit un indice de la santé financière de la Société. Il est dès lors humain de présumer que la constitution de nouvelles réserves, fût-ce sous la forme d'un report à nouveau, n'est pas exigée par l'intérêt social. De là à conclure à un abus de droit de la part de la majorité, il n'y a qu'un pas. A s'en tenir strictement au domaine de la preuve, on pourrait douter de la valeur d'une telle induction. La Cour de Paris n'avait pas procédé aussi directement. Elle avait seulement affirmé que la mise en réserve n'avait « d'autre explication que le désir de pourvoir à la marche et au développement dirigé de l'affaire sans recourir à une augmentation régulière de capital devenue indispensable ». C'était là reconnaître que la Société devait accroître le montant de ses capitaux propres, et affirmer implicitement que l'intérêt social était de ne pas distribuer les bénéfices réalisés. Ce qui était ainsi reproché à la majorité, c'était d'avoir

On pourrait citer également les réticences de certains tribunaux à admettre la véritable nature de l'incorporation des réserves au capital social, pour montrer les difficultés qui ont surgi dans la matière des réserves.

suivi une procédure irrégulière, affirmation gratuite fort contestable, et non d'avoir agi dans un dessein autre que l'intérêt social. Il y avait sinon contradiction, du moins insuffisance de motif.

La Cour d'appel avait également relevé que cette capitalisation occulte des réserves (?) avait faussé le cours des actions sur le marché de la Bourse. La majorité aurait ainsi privé la minorité de la possibilité de réalisations avantageuses par la vente de leurs actions à un juste prix. Il est certes indéniable que l'absence répétée de dividende est un facteur non négligeable du cours des actions en Bourse. Il n'est cependant pas facile de prouver que le cours eût été plus élevé s'il y avait eu un dividende distribué chaque année. Mais surtout il est indispensable pour qu'il y ait abus de droit de la part de la majorité que cette baisse de la valeur boursière des actions ne soit pas une conséquence normale de la politique financière choisie par la majorité, en conformité avec l'intérêt social. L'autofinancement pratiqué en accord avec cet intérêt suffit à légitimer une éventuelle minoration de la cote des titres. Il ne suffit pas de constater une telle moins value pour conclure à un abus de droit de la part de la majorité. C'est pourtant ce qu'avait la Cour de Paris, et il est donc normal que sa décision se voie reprocher une insuffisance de motifs.

2° Le fait que la Cour suprême n'ait pas visé expressément l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 pourrait être un argument permettant d'affirmer que la cassation n'est pas en réalité fondée sur une insuffisance de motifs. Mais, il est d'autres raisons que ce critère purement formel pour reconnaître une portée plus générale à l'arrêt du 18 avril 1961 :

Il est capital, en effet, de noter que la Cour de cassation rappelle les conditions nécessaires pour qu'une résolution adoptée par une assemblée d'actionnaires soit annulée pour abus de droit. Il faut que « la résolution litigieuse ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité ». Comme on n'a pas manqué de le remarquer (cf. note D. B. *J.C.P.*, 61.II.12164 précité) la formule n'est pas nouvelle. La nouveauté résulte de ce que la Haute Juridiction ne recourt qu'à la notion d'abus de droit, sans invoquer comme elle l'avait fait en d'autres circonstances (Cass. req., 16 nov. 1943, *J.C.P.*, 1944.II.2551, note Lescot ; S., 1947.I.1, note Houin) les stipulations statutaires permettant de reporter les bénéfices à nouveau, ou de les virer à un compte de réserve. Ainsi peut-on soutenir que le contrôle des tribunaux doit être le même, que le pacte social ait ou non autorisé les actionnaires à constituer des réserves (cette solution est au demeurant celle avancée n° 106 *in fine*, p. 111). De plus, la Cour de cassation rappelle que l'intérêt social prime les intérêts individuels de certains actionnaires. Les tribunaux n'ont pas à rechercher s'il était ou non opportun de faire prévaloir le premier sur les seconds.

Dès l'instant où ils constatent que l'intérêt général existait réellement, les juges sont tenus de déclarer valable la résolution litigieuse. C'est aux minoritaires de rapporter la preuve de l'absence d'intérêt social, et comme il s'agit là d'un fait négatif, de rapporter la preuve que l'unique raison de la décision est d'avantager les membres de la majorité.

Ce principe de la prééminence de l'intérêt social sur les intérêts individuels n'est pas sans conséquence sur la licéité d'une politique d'autofinancement. On s'était ému de la condamnation expresse de cette pratique par la Cour de Paris. En rappelant aux juges du fond qu'ils n'ont pas à s'immiscer dans la conduite des affaires sociales (en décidant notamment du caractère abusif ou normal des constitutions de réserves), la Cour de cassation reconnaît implicitement, mais nécessairement le pouvoir pour la majorité de choisir la voie qui lui paraît la plus apte à assurer la prospérité de la société.

Le soulagement compréhensible qu'éprouvent les dirigeants de Sociétés, en ayant l'assurance que l'autofinancement qu'ils ont pratiqué n'est pas à la merci de l'appréciation subjective et mouvante des tribunaux, aurait été plus grand encore si la Cour suprême avait réfuté toute l'argumentation de l'arrêt cassé.

B. — On se souvient, en effet, que la Cour de Paris avait nié le droit de la majorité de constituer des réserves d'autofinancement au motif que la distribution intégrale des

Certaines décisions jurisprudentielles sont donc un élément perturbateur grave. Elles font douter plus ou moins périodiquement de la valeur des réserves comme instrument d'autofinancement, apportant ainsi un trouble bien inutile dans le développement harmonieux d'une institution qui présente pourtant, et sans contestation sérieuse, toutes les qualités nécessaires.

Il suffirait aux tribunaux de prendre conscience des limites inhérentes à leur rôle pour que cette imperfection disparaisse. Les juges serviraient beaucoup mieux ainsi la cause du Droit, qu'en tentant de s'opposer par une argumentation spécieuse, sinon ahurissante, à la poursuite d'une construction juridique logique et conforme aux besoins économiques des entreprises.

223. Cette prise de conscience risquerait pourtant de ne pas suffire à faire des réserves l'instrument idéal qu'elles pourraient être. L'incohérence du droit fiscal est la seconde imperfection notable.

La constitution et l'existence des réserves sont tour à tour favorisées et pénalisées. Les faveurs du législateur sont le plus souvent dispensées à l'occasion de l'apparition de ces comptes. La pénalisation se manifeste pour les réserves existantes. Les associés ne peuvent alors faire que les réserves constituées ne le soient pas. On peut certes faire valoir que les taux d'imposition sont restés généralement assez faibles, et que ces taxations sont un moindre mal. Il est possible d'avancer aussi que ces taxations incitent les entreprises à faire disparaître leurs réserves. Le régime fiscal de cette disparition étant actuellement assez logique, il n'y aurait pas lieu de critiquer le souhait du législateur de hâter cette disparition.

Au vrai, c'est moins la structure même du régime fiscal des réserves qui doit être critiquée, que l'incertitude régnant sur l'ensemble de la matière, et surtout la possibilité d'impôts surprises économiquement mauvais.

On est en droit d'espérer que le retour à une certaine stabilité monétaire, et à une situation financière plus saine, mettra les réserves à l'abri de toute mesure fiscale susceptible d'en troubler le développement.

bénéfices à la fin de chaque exercice serait de l'essence même du contrat de société. On est en droit de regretter que la Cour suprême n'ait pas pris un parti exprès sur ce point.

A la vérité on conçoit mal que la Cour de cassation puisse un jour accueillir favorablement la thèse soutenue par les juges d'appel. La décision rendue semble bien exclure une telle éventualité. Cette décision reconnaît, en effet, à la majorité un pouvoir souverain quant au choix des procédés susceptibles d'assurer le développement de l'entreprise ; elle admet en particulier la pratique de l'autofinancement. Si ce dernier lui avait paru être en contradiction avec l'économie même du contrat de société, la Cour de cassation n'aurait pas manqué de préciser que ce pouvoir souverain de l'assemblée a comme limites celles résultant des principes essentiels du droit des sociétés, et que la distribution immédiate et intégrale des bénéfices réalisés figurant au rang de ces principes, l'assemblée générale ne pouvait constituer de réserves que dans la seule mesure où les statuts le prévoient.

Ainsi l'absence de référence aux dispositions du pacte social apparaît particulièrement importante. Non seulement, comme on l'a vu, elle restreint dans tous les cas le rôle des juges du fond à un contrôle de légalité, mais encore elle contient en germe la condamnation des tentatives faites pour interdire l'autofinancement, en arguant de la contradiction entre cette pratique et l'article 1832 du Code civil.

L'arrêt du 18 avril 1961 que nous appelions de nos vœux, vient de la sorte renforcer l'institution des réserves, en supprimant l'une des rares imperfections notables de notre droit. On ne peut que s'en réjouir.

224. Il ne faut pas s'exagérer l'importance des imperfections qui existent encore. Seule la première peut sembler grave, car elle paraît menacer l'édifice à sa base.

Notre droit des réserves a pourtant une structure trop solide et trop logique pour être vraiment en danger. La crise de croissance que l'institution a connue au cours de ces vingt dernières années a posé des problèmes complexes. L'adaptation aux situations nouvelles n'a pu se faire instantanément. L'essentiel est que l'unité fondamentale des réserves soit demeurée inchangée et que les principes juridiques les plus sûrs en permettent le bon fonctionnement. Les derniers ajustements se feront d'eux-mêmes. L'évolution tournera pour le profit commun à une double condition. Que les intéressés ne détournent pas la technique des réserves de son but. Que les tribunaux n'oublient pas que les fraudes de quelques-uns ne sont pas une raison pour priver l'immense majorité des autres du moyen indispensable à l'expansion économique des entreprises et partant au développement de la prospérité de la Nation.

Nancy, le 14 septembre 1960.

ANNEXE

Le décret n° 60-243 du 19 mars 1960 a fixé de la manière suivante les coefficients de réévaluation applicables pour la révision des bilans prévue aux articles 39 et 40 de la loi du 28 décembre 1959.

Années	Immobilisations et amortissements y afférents	Portefeuille
1914 et antérieures.	243	 388,8
1915.	170,1	 272,2
1916.	129,6	 207,4
1917.	89,1	 142,6
1918.	72,9	 116,6
1919.	70,4	 112,6
1920.	48,6	 77,8
1921.	72,9	 116,6
1922.	78,5	 129,6
1923.	60,8	 97,2
1924.	51,8	 82,8
1925.	46,1	 73,8
1926.	35,5	 57,8
1927.	38,9	 62,2
1928.	38,9	 62,2
1929.	39,6	 63,4
1930.	44,6	 71,4
1931.	48,6	 77,8
1932.	56,8	 90,8
1933.	62,4	 99,8
1934.	64,8	 103,6
1935.	72,9	 116,6
1936.	60,8	 97,2
1937.	43	 68,8

1938.	38		60,8
1939.	36,5		58,4
1940.	29,3		46,8
1941.	26,8		42,8
1942.	24,3		38,8
1943.	17,8		28,4
1944.	16,3		26
1945.	8,1		13
1946.	5,1		8,2
1947.	4		6,4
1948.	2,3		3,6
1949.	1,9		3
1950.	1,6		2,6
1951.	1,25		2
1952.	1,15		1,65
1953.	1,20		1,60
1954.	1,25		1,40
1955.	1,25		1,20
1956.	1,20		1,15
1957.	1,15		1,10
1958.	1,05		1,15
1959.	1		1

Vu Nancy, le 11 octobre 1960

Le Président de thèse :

R. ROBLOT

Vu et Approuvé, Nancy, le 11 octobre 1960

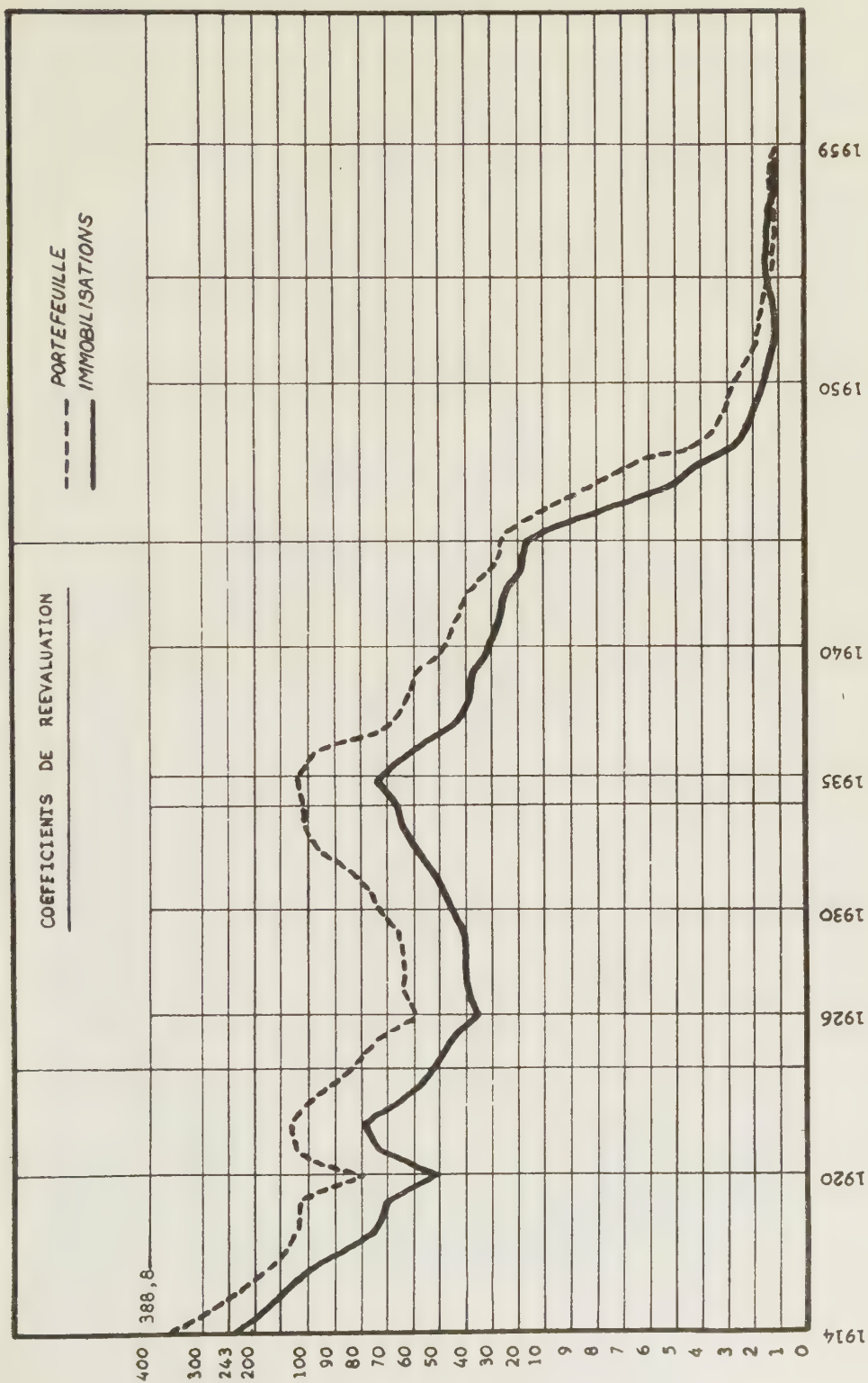
Le Doyen :

R. ROBLOT

Vu et permis d'imprimer

Nancy, le 12 octobre 1960

*Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
P. IMBS*



BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Batardon. — *L'inventaire et le bilan*, 9^e éd. 1950.
— *Traité pratique des Sociétés Commerciales*, 10^e éd. 1950.
- Chardonnet. — *Comptabilité des Sociétés*, 20^e éd. 1959.
- Charpentier et Hamelin. — *Traité pratique des bilans et inventaires*, 2^e éd. 1933.
- Copper - Royer. — *Traité des Sociétés anonymes*, 4^e éd.
- Coulombel. — *Particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse Nancy, 1949.
- Dalsace. — *Manuel des Sociétés anonymes*, 2^e éd., 1955, 3^e éd., 1959.
— *Le bilan — Sa structure — Ses éléments*, 2^e éd., avec le concours de M. Mareuse et J. Nataf, 1958.
- Depallens. — *Gestion financière de l'Entreprise*, 1960.
- Despax. — *L'entreprise et le Droit*, 1957.
- Escarra. — *Cours de droit commercial*, 1952.
- Folliet. — *Le bilan dans les Sociétés anonymes du point de vue juridique et comptable*, 6^e éd., Lausanne 1954.
- Hamel et Lagarde. — *Traité de droit commercial*, Tome I, 1954.
- Houpin et Bosvieux. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales et des associations*.
- Joly. — *Dictionnaire du droit des Sociétés anonymes*.
- Juris classeur des Sociétés et Juris classeur fiscal.
- Lair. — *Etudes analytiques de bilans commerciaux, industriels et financiers*, 4^e éd., 1954.
- Launais, de la Villeguerin, Accarias. — *Droit pénal financier*, Paris 1947.
- Lyon-Caen et Renaud. — *Traité de droit commercial*, 5^e éd., 1921-1936.
- Michoud. — *La théorie de la personnalité morale*, 3^e éd., 1932.
- Molierac. — *Manuel des Sociétés*, 1957.

- Noirel. — *La Société anonyme devant la jurisprudence moderne*, 1958.
- Pinoteau. — *Législation pénale en matière économique et financière*, 1959.
- Renard. — *La théorie de l'institution*, 1930.
- Retail. — *Traité complet d'organisation comptable*, 4^e éd., 1949.
- Ripert. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., avec le concours de P. Durand et R. Roblot, 1959.
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., 1951.
- Ripert, Durand et Roblot. — *Le droit fiscal des affaires après la réforme fiscale*, 1960.
- Saieilles. — *De la personnalité juridique, Histoire et théorie*, 2^e éd., 1922.
- Scelle. — *Précis de droit des gens*, 1932.
- Snozzi. — *L'interprétation des bilans*, 1953.
- Terré. — *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification*, 1957.
- Thaller et Percerou. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd.
- Thielland. — *Traité de comptabilité, technique, juridique, économique*, 1954.
- Vareilles-Sommières. — *Les personnes morales*, 2^e éd., 1919.

Thèses, Monographies, Articles

- Amiaud. — *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les Sociétés par actions*, 2^e éd., 1920.
- *L'évolution du droit des Sociétés par actions (in le droit privé français au milieu du XX^e siècle)*.
- Association Nationale des Sociétés par Actions (A.N.S.A.) — Diverses publications.
- Bastian. — *Les porteurs de parts de fondateur et l'incorporation au capital social de la réserve de réévaluation*, J. Soc., 1950, p. 65 et s.
- Blaise. — *La notion de dividende fictif*, in le Droit Pénal Spécial des Sociétés Anonymes. Etudes sous la direction de J. Hamel, Paris 1955.
- Challamel. — *La réserve de réévaluation*, Thèse dactylographiée, Paris, 1958.
- Cordonnier. — *Des pouvoirs de l'Assemblée Générale Ordinaire des actionnaires en matière de constitution de réserves*, J. Soc., 1928, p. 65 s. et p. 129 s.
- *De l'emploi des réserves à l'augmentation de Capital*, J. Soc., 1943, p. 81 s.
- Cousin. — *Le bénéfice distribuable et sa répartition entre les ayants-droit dans les Sociétés anonymes*, Thèse Nancy, 1951.
- Croizat. — *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, Thèse Lyon, 1925.
- Dalsace. — « A propos des rapports entre le droit des Sociétés, la comptabilité et les mathématiques », *Rev. trim. de dr. com.*, 1950, p. 173 et s.
- Chabriol. — *Etude de quelques problèmes d'ordre comptable financier et mathématique soulevés lors d'une augmentation de capital par émission d'actions de numéraire ou incorp. de réserves dans les Sociétés anonymes*, Mémoire pour le diplôme d'Expert-Comptable 1956.

- Debèse. — « Les ayants-droit à la réserve spéciale de réévaluation », *J.C.P.*, 1947, I.641.
- Durand. — « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé » (*in Mélanges Ripert*).
- Decugis. — « La conversion des réserves en actions et les droits des parts de fondateur », *Gaz. Pal.*, 1947.I, Doct. 3.
- Escaravage. — *La révision des bilans au point de vue juridique et comptable*, Thèse Paris, 1930.
- Garreau de la Mechenie (du). — *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers 1937.
- Gaultier. — *Droits des porteurs de parts de fondateur sur les bénéfices sociaux*, Thèse Paris 1929.
- Goré. — « Les réserves occultes dans les Sociétés par actions », *J. Soc.*, 1947, p. 149 et s.
- Hamel. — « La révision des bilans », *J. Soc.*, 1929, p. 5 s. et 65 s.
— *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chr. 141.
- Houpin. — *De la constatation des plus-values de l'actif dans les bilans des Sociétés par actions et de leur incorporation au capital*.
- Houssiaux. — *Les 500 plus grandes sociétés françaises*, Sirey, 1958.
- Hauriou. — « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 4 : la Cité moderne et les transformations du droit, Paris 1925.
- Jacob. — « Les réserves dans les Sociétés anonymes. » Etude publiée dans la *Revue des Sociétés*, 1957, 1958, janvier, février, mars 1959.
- Joffroy. — *Des réserves et de leur incorporation au capital social dans les Sociétés anonymes*, thèse Toulouse 1944.
- Landeroin. — *Les augmentations de capital dans les Société anonymes*, Thèse Bordeaux 1947.
- Lecerclé. — *Bilans et monnaies*, thèse Paris 1946.
- Lechner. — *Les droits propres des actionnaires*, Thèse Nancy, 1932.
- Lecompte et Bosvieux. — « De l'incorporation de la plus-value de réévaluation au capital social », *J. Soc.*, 1947, p. 1 s et 69 s.
- Lecouturier. — « De la répartition des bénéfices aux actionnaires et aux porteurs de parts de fondateur ». *J. Soc.*, 1902.
- Malissen. — *L'autofinancement des Sociétés en France et aux Etats-Unis*, Thèse Grenoble, 1952.
- Masson. — « La révision des bilans », *J. Soc.*, 1946. p. 65 s.
- Michel. — « L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942 », *Gaz. Pal.*, 1943.I, Doct. 1. s.
- Moulin. — *Le rachat par une société de ses propres titres*, Thèse Paris, 1931.
- Petit. — « La réserve de réévaluation et les parts bénéficiaires », *Gaz. Pal.*, 1947.II, Doct. 46.
- Pinoteau. — « Les conclusions du Congrès International de Comptabilité en matière fiscale », *Gaz. Pal.*, 1948.II, Doct. 1.
— « Des droits de porteurs de parts de fondateur dans la réserve spéciale de réévaluation », *Gaz. Pal.*, 1959.II, Doct. 70.

- Plaisant. — « Le principe de fixité du Capital social et la notion de bénéfices », *J. Soc.*, 1946, p. 333 et s.
- Poute de Puybaudet. — *Les ayants droit aux réserves dans les Sociétés Anonymes*, Thèse dactylographiée, Paris, 1958.
- Rault. — *Traité théorique et pratique des parts de fondateur*, 1930.
— Article à la *Rev. trim. de dr. com.*, 1950, p. 77.
- Rodière. — V. « Réserves », in *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, t. III, 1958.
- Solus. — *La réforme du droit des Sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*.
- Starck. — « La réévaluation des bilans », *Rev. trim. de dr. com.*, 1949, p. 48 s.
- Sumien. — *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 7^e éd., 1957
— Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des Sociétés, 4^e vol., *Comptes sociaux*.
- Travaux préparatoires des lois du 23 mai 1863 et 24 juill. 1867 (*S.L.*, 1863, p. 73 et 1867, p. 205).
- Thaller. — « Amortissements et fonds de réserves », *Ann. dr. com.*, 1895, p. 241 s.
-- « De l'augmentation de capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la Société », *Ann. dr. com.*, 1907, p. 177 s.
- Vandamme. — « Les parts de fondateur viennent-elles au partage des primes d'émission ? », *Ann. dr. com.* 1927, p. 177 s.
- Veaux-Fournerie. — *L'acquisition de ses propres titres ou parts sociales par la Société emettrice*, Thèse Rennes, 1953.
- Viaux. — *Des augmentations de capital en période d'inflation*, Thèse Paris, 1944.
- Vigier. — *Les provisions dans la comptabilité des entreprises*, Thèse Strasbourg, 1941.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Importance de l'autofinancement. Intérêt actuel de l'étude des réserves	1
2. Sens général du mot « réserve »	2
3. Les réserves des commerçants individus	3
4. Les réserves des Sociétés par actions	3
5. Le développement des réserves	3
6. Limitation du sujet à l'étude des Sociétés par actions	4
7. Le bilan des Sociétés par actions, sa définition	4
8. L'actif et le passif du bilan	5
9. La situation nette	6
10. Le bilan envisagé comme analyse des moyens de financement de l'entreprise . .	6
11. Le problème statique : la nature des comptes de réserves	7
12. Le problème dynamique : la constitution et la disparition des comptes de de réserves, et le donné économique	8
13. Le problème fiscal	9
14. Plan	10

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE JURIDIQUE ET COMPTABLE DES RÉSERVES

15. Plan	13
--------------------	----

TITRE PREMIER

LES RÉSERVES, PASSIF INTERNE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

16. Position du problème de la nature juridique des comptes de réserves. Plan . . .	15
---	----

CHAPITRE PREMIER

PASSIF EXTERNE ET PASSIF INTERNE

17. Plan	19
--------------------	----

§ 1. — *Rappel sommaire des principales théories de la personne morale*

18. Fiction. Réalité. Conception contractuelle	19
19. Théorie institutionnelle	21

§ 2. — *Vie externe et vie interne*

20. Analogie des conclusions des théories contractuelle et institutionnelle.....	21
21. Limitation au problème des droits des associés sur le patrimoine social. Absence de solution.....	22
22. Le dédoublement fonctionnel.....	24

§ 3. — *Passif externe et passif interne*

23. Conséquence du dédoublement fonctionnel : la notion de passif interne.....	25
--	----

CHAPITRE II

DÉFINITION ET MODALITÉS DU PASSIF INTERNE

§ 1. — *Définition du passif interne*

24. Le total du passif interne est égal à la situation nette.....	27
25. Application du principe du nominalisme monétaire au passif interne.....	28

§ 2. — *Modalités du passif interne*

26. Caractère collectif, et infériorité de rang par rapport au passif externe.....	29
27. Conséquences du caractère collectif quant aux décisions sur l'exigibilité du passif interne.....	30
28. Conséquences sur la liquidation de ce passif.....	31
29. Conséquences de l'infériorité de rang.....	32

CHAPITRE III

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU PASSIF INTERNE

30. Les différents comptes susceptibles d'être classés dans le passif interne. Le critère de classement.....	33
---	----

SECTION I. — *Elimination des amortissements et des provisions*

31. Raisons pouvant conduire à leur insertion dans le passif interne.....	34
---	----

§ 1. — *Les amortissements*

32. Définition.....	36
33. Caractère obligatoire.....	36
34. Mode de calcul.....	37

§ 2. — *Les provisions*

35. Définition.....	38
36. Caractère obligatoire.....	39
37. Impossibilité d'une appréciation mécanique.....	39

§ 3. — *Raisons de l'élimination des amortissements et des provisions*

38. Absence de concordance avec le critère, activement et passivement.....	39
--	----

SECTION II. — *Intégration du capital, des bénéfices et des réserves*§ 1. — *Le capital*

39. Définition	40
40. Aspect actif	41
41. Aspect passif	42
42. L'amortissement financier, autre preuve du caractère passif	44

§ 2. — *Les bénéfices*

43. Définition	44
44. Mode de calcul	45
45. Rappel de la notion de dividende fictif	46
46. Aspect actif	47
47. Aspect passif, et spécialement le droit au dividende	47
48. Les conséquences de la décision de distribution du dividende	49

§ 3. — *Les réserves*

49. Quelques définitions traditionnelles	50
50. Les réserves, bénéfices accumulés	51
51. Insuffisance de cette analyse	51
52. La définition de M. Amiaud	52
53. Aspects actif et passif	53

CHAPITRE IV

LA PLACE DES RÉSERVES DANS LE PASSIF INTERNE

§ 1. — *Analyse économique et juridique du passif interne*A. — *Différence de point de vue*

54. Identité de la représentation matérielle du passif externe et du passif interne ..	54
55. Essai de rapprochement des notions juridiques et économiques	55

B. — *Conséquence quant à la nature de fruits ou de produits des réserves*

56. Caractère de fruits ou de capital des comptes de passif interne	57
57. Conséquences de cette étude : nécessité de recourir aux techniques juridiques et comptables	60

§ 2. — *Définition des réserves*

58. Rappel de la notion de passif interne	60
59. Rappel du principe de fixité du capital	61
60. Rappel du principe du droit au dividende	62
61. Rappel des règles d'établissement du bilan	63
62. Définition des réserves	63
63. Elimination des fausses réserves	64
64. Nature juridique des réserves	65

TITRE DEUXIÈME

LES DIFFÉRENTS COMPTES DE RÉSERVES.
LEURS CLASSIFICATIONS

65. Problème de terminologie : réserves proprement dites et comptes apparentés aux réserves	67
66. Nécessité d'une présentation systématique. Les tentatives en ce sens	68
67. Recherche éventuelle d'une autre solution	69

CHAPITRE PREMIER

LES CLASSIFICATIONS TRADITIONNELLES

68. Les deux critères utilisés.....	70
-------------------------------------	----

§ 1. — *Critère formel : classification des réserves d'après leur origine*

69. Réserve légale. Réserves facultatives ou complémentaires	72
70. Réserves statutaires. Réserves extraordinaires	72
71. Réserves classiques. Réserves fiscales	73
72. Réserves apparentes. Réserves occultes	74
73. Résumé. Tableau récapitulatif	75

§ 2. — *Critère matériel. Classification des réserves d'après leur but*

74. Aspect passif du problème : réserves spéciales et générales	76
75. Réserves de prévoyance	77
76. Réserves pour l'extension de l'entreprise	78
77. Réserves dans l'intérêt des actionnaires	79

CHAPITRE II

LA CLASSIFICATION PROPOSÉE

78. Impossibilité ou difficulté de faire entrer certaines réserves dans les cadres usuels	80
79. Critère proposé : utilisation de la définition même des réserves	81

§ 1. — *Réserves subordonnées au consentement des associés*

80. Elles sont le principe	82
----------------------------------	----

§ 2. — *Réserves indépendantes du consentement des associés*

81. Double qualité requise du consentement	83
--	----

A. — *Réserves indépendantes du libre consentement des associés*

82. Par suite d'une disposition expresse : la réserve légale.....	84
83. Par suite des règles d'établissement du bilan : les réserves potentielles	84

B. — *Réserves indépendantes du consentement éclairé des associés*

84. Par suite des agissements du Conseil d'Administration : les réserves occultes ..	85
--	----

§ 3. — *Réserves mixtes*

85. Les réserves statutaires	86
86. La réserve de réévaluation et les réserves fiscales.....	86

DEUXIÈME PARTIE

LA VIE DES RÉSERVES

87. Justification du titre	91
88. Plan.....	91

TITRE PREMIER

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES

89. Nécessité de l'étude préalable de l'utilité de cette constitution	93
90. Le problème à résoudre	94
91. Le critère de l'étude : caractère volontaire ou non de cette constitution	94

CHAPITRE PREMIER

L'UTILITÉ DE LA CONSTITUTION DE RÉSERVES

92. Renvoi à la classification suivant le but	95
93. Impossibilité de dissocier les différents intérêts de la constitution de réserves..	95
94. L'importance de l'autofinancement dans l'économie moderne : les explications doctrinales	96
95. Les explications empiriques.....	
A. — De l'importance croissante des rétentions de profits.....	98
96. B. — De l'importance dans le financement des entreprises	100

CHAPITRE II

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES AVEC LE CONSENTEMENT DES ASSOCIÉS

97. Position du problème : légitimité de cette constitution ; détermination des organes compétents	103
---	-----

§ 1. — *Données du problème*

98. Position classique. Le conflit droit au dividende, pouvoir de la majorité	104
99. Déplacement du débat	106
100. Importance des stipulations statutaires	107
101. Autre élément de difficulté : l'existence d'ayants-droit au bénéfice non actionnaires	107

§ 2. — *Solutions du problème*

102. Constitution autorisée par les statuts	108
103. Constitution interdite par les statuts	109
104. Constitution dans le silence des statuts. Rappel du débat classique.....	110
105. Solutions envisagées de <i>lege ferenda</i>	111
106. Impossibilité d'une analyse de la jurisprudence.....	111
107. Droit d'opposition des tiers.....	113
108. Le report à nouveau jouit-il d'une condition particulière ?	115
109. Même problème pour les primes d'émission, d'apport et de fusion.....	117

CHAPITRE III

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES SANS LE CONSENTEMENT DES ASSOCIÉS

110. Rappel de ces réserves.	120
-----------------------------------	-----

§ 1. — *La constitution de la réserve légale*

111. L'article 36 de la loi de 1867.	120
112. Le caractère obligatoire, son fondement.	121
113. Le procédé normal de dotation. Base de prélèvement.	123
114. Le procédé normal de dotation. Le taux du prélèvement. Le plafond de la réserve légale.	125
115. Les procédés extraordinaires de dotation.	126
116. Sanctions des règles de constitution.	127
117. Problème de l'application de ces règles aux réserves dites légales.	129

§ 2. — *La constitution des réserves potentielles*

118. Différents modes de constitution ; plus-values intrinsèques et plus-values nominales.	130
119. Licéité de cette constitution. Déplacement du problème.	131
120. Possibilité de révéler ces réserves.	132
121. Incidence de cette possibilité sur son caractère obligatoire, et sur la licéité même des réserves.	132

§ 3. — *La constitution des réserves occultes*

122. Différents modes de constitution : amortissement et provisions exagérés.	133
123. Différents modes de constitution : omission d'actif. Création de passif fictif.	135
124. Licéité de cette constitution. Différences à faire.	136
125. Possibilité de révéler ces réserves.	139

CHAPITRE IV

LA CONSTITUTION DES RÉSERVES MIXTES

126. Rappel. Plan.	142
-------------------------	-----

§ 1. — *Réserve de réévaluation*

127. Position du problème de la révision du bilan.	143
128. L'utilité de la révision des bilans.	144
129. A. — Le caractère forfaitaire de la révision.	145
130. B. — La révision obligatoire et la révision facultative.	147
131. C. — La réévaluation des amortissements.	149
132. D. — La plus-value de réévaluation.	149
133. Les conséquences prétendument indépendantes de l'apparition de la plus- value.	152
134. Le problème de la réévaluation du capital.	152

§ 2. — *Réserves statutaires*

135. Le caractère obligatoire de cette constitution.	154
136. La possibilité de faire disparaître cette obligation.	156

TITRE DEUXIÈME

LA REPRÉSENTATION DES RÉSERVES

137. Double aspect actif et passif. Problèmes de terminologie. Plan	157
---	-----

CHAPITRE PREMIER

LA REPRÉSENTATION MATÉRIELLE DES RÉSERVES

138. Position classique du problème : l'affectation des réserves	159
139. Théories exigeant un emploi hors de l'entreprise	160
140. Non représentation des réserves par des liquidités	161
141. Impossibilité d'une différenciation parmi les éléments d'actif	162
142. Vritable problème : gestion financière. Pratique de l'investissement anticipé ..	163

CHAPITRE II

LA REPRÉSENTATION JURIDIQUE DES RÉSERVES

143. Le titre de la créance : les statuts et les décision de l'Assemblée générale	166
144. Equivalence des représentations comptable et juridique	167
145. Représentation comptable	169

TITRE TROISIÈME

LA DISPARITION DES RÉSERVES

146. Rappel de la définition des réserves	171
147. Conséquence : les deux modes de disparition	171
148. Nécessité de la recherche préalable des ayants-droit	172
149. Plan	173

CHAPITRE PREMIER

LA VOCATION AUX RÉSERVES

150. Position du problème	175
151. Intérêts du problème. Cas du concours d'actions et de parts de fondateur	176
152. Intérêts du problème. Cas du démembrement de la propriété d'une action	177

§ 1. — *Données du problème*

A. — Arguments en faveur de la vocation des ayants-droit aux bénéfices

153. Rappel du conflit droit au dividende, pouvoir de la majorité, et de la nature juridique des réserves	178
154. Conséquences en faveur de la désignation des ayants-droit aux bénéfices comme titulaires	179

B. — Arguments en faveur de la vocation des ayants-droit au boni de liquidation

155. Rappel du caractère de capital des réserves	180
156. Conséquences en faveur de la désignation des ayants-droit au boni de liquidation comme titulaires	181

§ 2. — *Solution du problème*

157. Impossibilité d'une solution unique	181
158. Rappel de la compétence de l'Assemblée générale pour décider la disparition des réserves	182
159. Pluralité de titulaires avant la disparition	183
160. Nécessité d'une différenciation suivant le mode de disparition	184

CHAPITRE II

LA DISPARITION DES RÉSERVES LIÉE A UNE DIMINUTION DU PASSIF INTERNE

161. Enoncé des différentes possibilités	185
--	-----

§ 1. — *La distribution des réserves*

162. Définition	186
163. Utilité et rareté de principe	186

A. — Réserves distribuables

164. Détermination	187
165. Etude spéciale de la réserve de réévaluation	188

B. — La décision de distribution

166. Organe compétent	191
167. Protection contre une distribution déguisée	192

C. — Nature juridique de la distribution

168. Partage anticipé d'actif ou distribution retardée de bénéfices	194
---	-----

D. — Bénéficiaires de la distribution

169. Détermination des bénéficiaires de principe	195
170. Cas particulier des primes d'émission	196
171. Cas particulier de la réserve de réévaluation	198

E. — Conséquences de la décision de distribution

172. Principe. Cas particulier d'une distribution faite à titre de remboursement du capital	200
--	-----

§ 2. — *La compensation des pertes*

173. Utilité. Discussion du caractère obligatoire	201
174. Réserves utilisables à cette fin	202

§ 3. — *Le rachat des parts de fondateur ou d'autres titres de la société*

175. Problème posé par le rachat des parts	204
176. Acquisition de titres autres que les parts. Impossibilité d'une solution unique	205

CHAPITRE III

LA DISPARITION DES RÉSERVES SANS DIMINUTION DU PASSIF INTERNE

177. Les deux hypothèses principales. Mémoire du virement d'une réserve à une autre	208
§ 1. — <i>L'incorporation des réserves au capital social</i>	
178. Utilité	209
A. — Réserves susceptibles d'être incorporées	
179. Détermination	211
B. — Nature juridique de l'incorporation de réserves	
180. I. — Absence d'augmentation des engagements des actionnaires	212
181. II. — Absence de droit préférentiel de souscription	214
C. — Modalités	
182. Incidence variable de l'originalité de l'opération	216
D. — Bénéficiaires de l'incorporation de réserves	
183. I. — Conflit usufruitier, nu propriétaire	218
184. II. — Difficultés soulevées par l'existence de parts de fondateur ou d'actions de différentes catégories	219
E. — Conséquences de l'incorporation de réserves	
185. Régime juridique des actions nouvelles	225
§ 2. — <i>La conversion des parts de fondateur en actions</i>	
186. Difficultés propres à l'opération	226
187. Renvoi au 1 ^{er} paragraphe pour le surplus	227

TROISIÈME PARTIE

LE RÉGIME FISCAL DES RÉSERVES

188. Incidence du droit fiscal sur les réserves. Plan.....	229
--	-----

CHAPITRE PREMIER

LE RÉGIME FISCAL DE LA CONSTITUTION DES RÉSERVES

189. Les solutions possibles	234
------------------------------------	-----

§ 1. — *Le régime de droit commun*

190. Le principe de la non-incidence de la constitution des réserves	235
191. Coïncidence des solutions juridiques et fiscales en matière d'amortissements et de provisions	235
192. Même coïncidence en matière de réserves	236

§ 2. — *Le régime de faveur*

193. Raisons d'un régime de faveur	237
--	-----

A. — *Le régime de faveur tenant au mode de constitution de certaines réserves*

194. Accroissement d'actif net ayant supporté un impôt spécial	237
195. Cas des réserves occultes	237
196. Cas des réserves potentielles	238

B. — *Le régime de faveur tenant à des considérations économiques*

197. Les principaux cas	238
198. Les plus-values de cession à réinvestir	239
199. Les dotations sur stocks	239
200. Les fonds de renouvellement du matériel	240
201. La réserve spéciale de réévaluation	241

CHAPITRE II

LE RÉGIME FISCAL DES RÉSERVES PENDANT LEUR EXISTENCE

202. Motifs d'une éventuelle imposition des réserves pendant leur existence	242
---	-----

§ 1. — *Les versements exceptionnels sur les réserves*

203. Les différentes hypothèses historiques	242
---	-----

§ 2. — *La taxation des dotations sur stocks*

204. Les précédents. La taxation instaurée en 1959	243
--	-----

§ 3. — *La taxation de la réserve spéciale de réévaluation*

205. La taxation instaurée en 1959	244
206. Imputation éventuelle de ces taxes sur d'autres impôts	245

CHAPITRE III

LE RÉGIME FISCAL DE LA DISPARITION DES RÉSERVES

207. Les deux cas principaux. Mémoire des modes dérivés	246
---	-----

§ 1. — *Le régime fiscal de la distribution de réserves*

208. Double incidence possible	247
--------------------------------------	-----

A. — Incidence de la distribution quant à l'impôt sur les sociétés

209. Principe : absence d'incidence	247
210. Cas des réserves potentielles	248

B. — Incidence de la distribution quant à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou sur les sociétés

211. Equivalence avec une distribution de dividende	248
212. Régimes de faveur (sociétés mères et filiales, sociétés d'investissement).....	249
213. Incidence sur l'I.R.P.P. ou l'I.S. dû par les bénéficiaires de la distribution ...	250
214. Cas des sociétés d'investissement.....	251

§ 2. — *Le régime fiscal de l'incorporation des réserves au capital social*

215. Evolution du régime fiscal	251
---------------------------------------	-----

A. — L'imposition de principe à 7,2%

216. Liquidation et recouvrement du droit.....	252
--	-----

B. — Les régimes de faveur

217. Exonérations totales ou droits fixes	253
218. Droits proportionnels réduits	253

CONCLUSION

219-220. Unité fondamentale du concept de réserve	255
221. Adaptation aux besoins de l'autofinancement	256
222-223. Les imperfections et leurs remèdes.....	257
224. Perspectives d'avenir	261

ANNEXE	263
--------------	-----

BIBLIOGRAPHIE	267
---------------------	-----

INDEX ALPHABÉTIQUE

N.B. — *Les numéros renvoient aux pages.*

AMORTISSEMENTS.

- exagérés, 131.
- Calcul des —, 37.
- Caractère obligatoire, 36.
- Définition, 36.
- Exclusion des — du passif interne, 39.
- Réévaluation des —, 147 et s.
- Régime fiscal, 232.

AMORTISSEMENT FINANCIER.

- du capital, 44, 197.
- Régime fiscal, 245.

AUTOFINANCEMENT.

- Importance, 1, 94 et s.
- Incidence sur la constitution des réserves, 94 et s., 254.

BÉNÉFICES.

- fictifs, 46.
- Aspect actif, 47.
- Aspect passif, 47.
- Ayants droit aux —, 105 et s., 175 et s.
- Calcul des —, 45.
- Définition, 44.
- Distribution, 48.
- Incorporation des — au capital, 208.

BILAN.

- Actif du —, 5.
- Analyse du —, 6.
- Passif du —, 5.
- Règles d'établissement, 63.
- Révision des —, 141 et s.
- Situation nette, 6.

CAPITAL.

- Amortissement du —, 44, 245.
- Aspect actif, 41.

Aspect passif, 42.

Définition, 40.

Fixité du —, 61.

Incorporation des réserves au —. Cf.
V^o *Réserves* (en général).

Réévaluation du —, 150.

DIVIDENDE.

— fictif, 46.

Décision de distribution, 49.

Droit au —, 47, 62, 102, 175.

PARTS DE FONDATEUR.

Constitution des réserves et porteurs
de —, 105 et s.

Conversion en actions, 223 et s.

Droit des porteurs de — en cas d'incor-
poration de réserves au capital,
216 et s.

Rachat, 201.

Vocation aux réserves, 173, 192.

PASSIF EXTERNE.

Notion, 25.

Représentation matérielle (non), 54.

PASSIF INTERNE.

Caractère de fruits ou de capital, 57,
177.

Autres caractères, 29.

Définition, 27 et s.

Éléments constitutifs, 33 et s.

Notion, 25.

Représentation matérielle (non), 54.

PLUS-VALUES.

— intrinsèques, 83, 128.

— nominales, 83, 85, 128.

— de cession à réinvestir, 236.

— de réévaluation, 147 et s.

PRIMES D'APPORT, D'ÉMISSION ET DE FUSION.

- Classification, 81.
- Constitution, 115 et s.
- Définition, 81, 115.
- Distribution, 184, 193 et s.
- Incorporation des — au capital, 208.
- Régime fiscal, 234, 250.

PROVISIONS.

- exagérées, 131.
- Calcul des —, 39.
- Caractère obligatoire, 39.
- Définition, 38.
- Exclusion du passif interne, 39.
- Régime fiscal, 232.

RACHAT DE TITRES.

- Parts de fondateur, 201.
- Autres titres, 202.

RÉGIME FISCAL.

- de la constitution des réserves, 231 et s.
V^{ie} *Réserves occultes. Réserves potentielles. Réserves fiscales. Réserve de Réévaluation.*
- de la distribution des réserves, 244 et s.
- de l'incorporation des réserves au capital, 248 et s.
- Versement sur les réserves existantes, 239 et s.

REPORT A NOUVEAU.

- Classification, 81.
- Constitution, 114.
- Définition, 81, 114.
- Distribution, 184.
- Incorporation au capital, 208.

RÉSERVES (en général).

- Classification des —.
- Critères, 70, 80.
- d'après l'origine, 71 et s.
- d'après le but, 74 et s.
- proposée, 79 et s.
- Compensation des pertes avec les —, 198 et s.
- Constitution des —. Cf. V^{ie} *Régime fiscal. Report à nouveau. Réserve légale. Réserves occultes. Réserves potentielles. Réserve de réévaluation. Réserves statutaires. Réserves subordonnées au consentement des associés. Vie sociale.*
- Définition, 50, 52, 63.
- Distribution des —.
- Bénéficiaires —, 191 et s.
- Décision de —, 188.
- Définition, 183.
- Détermination des réserves distri-

buables, 184 et s.

Nature juridique de la —, 191.

Protection contre la — déguisée, 189.

Régime fiscal, 244 et s.

Cf. en outre eisd. V^{ie} que *Constitution des réserves.*

Fausse —, 64.

Incorporation des — au capital, 206 et s.

Ayants droit, 215 et s.

Modalités, 213.

Nature juridique de l' —, 209 et s.

Régime fiscal, 248 et s.

Régime des actions nouvelles, 222.

Réserves incorporables, 208.

Cf. en outre eisd. V^{ie} que *Constitution des réserves.*

Nature juridique, 65, 175, 177.

Représentation des —.

— matérielle, 157 et s.

— juridique, 164 et s.

Vocation aux —, 172 et s., 192 et s., 215 et s.

RÉSERVES FACULTATIVES.

- Classification, 71, 81.
- Cf. V^{ie} *Réserves subordonnées au consentement des associés.*

RÉSERVES FISCALES.

- Classification, 72, 85.
- Dotation sur stocks, 236 et s., 240 et s., 250 et s.
- Cf. Vis *Plus-values. Réserve de réévaluation.*

RÉSERVES LÉGALES.

- Classification, 71, 83.
- Constitution, 118 et s.
- Distribution, 184.
- Incorporation au capital, 208 et s.

RÉSERVES OCCULTES.

- Classification, 73, 84.
- Constitution, 131 et s.
- Définition, 84.
- Distribution, 184.
- Incorporation au capital, 208.
- Licéité, 134.
- Régime fiscal, 234.

RÉSERVES POTENTIELLES.

- Classification, 83.
- Constitution, 128 et s.
- Définition, 83.
- Distribution, 184.
- Incorporation au capital, 208.
- Licéité, 129.
- Régime fiscal, 235, 245.

RÉSERVES STATUTAIRES.

- Classification, 71, 85.
- Constitution, 152 et s.

Distribution, 184.

Incorporation au capital, 208.

RÉSERVES SUBORDONNÉES AU CONSEN-
TEMENT DES ASSOCIÉS.

Classification, 81.

Constitution, 101 et s.

Distribution, 184.

Incorporation au capital, 208.

Notion, 81.

Régime fiscal, 232 et s.

RÉSERVE DE RÉÉVALUATION.

Classification, 85.

Constitution, 141 et s.

Distribution, 185 et s., 195 et s.

Incorporation au capital, 208.

Nature juridique, 85, 195.

Régime fiscal, 238, 241, 250.

VIE SOCIALE.

Organe compétent pour constituer les réserves, 106 et s.

Organe compétent pour distribuer les réserves, 188 et s.

Organe compétent pour incorporer les réserves au capital, 213 et s.

Pouvoir de la majorité, 102, 175.

Théorie du dédoublement fonctionnel, 24.

